بسم الله الرحمن الرحيم

وزارة التعليم العالي

جامعة أم القرى

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

نموذج رقم (٨)

إجازة أطروحة علمية في صيغتها النهائية بعد إجراء التعديلات

الاسم (رباعي) : حنان بنت محمد حسين جستنية

كلية : الشريعة والدراسات الإسلامية قسم : الدراسات العليا الشرعية

الأطروحة المقدمة لنيل درجة : الماجستير في تخصص الفقه وأصوله فرع الفقه .

عنوان الأطروحة : ((أقسام العقود في الفقه الإسلامي))

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين . وبعد

بناء على توصية اللجنة المكونة لمناقشة الأطروحة المذكورة أعلاه ، والتي تمت مناقشتها بتاريخ ١٧ / ٨ / ١٤١٩هـ بقبولها بعد إجراء التعديلات المطلوبة ، وحيث قد تم عمل اللازم فإن اللجنة توصي بإجازتها في صيغتها النهائية المرفقة للدرجة العلمية المذكورة أعلاه . . .

والله الموفق ،،،

أعضاء اللجنة

المشرف	المناقش الأول	المناقش الثاني
الاسم : د / ياسين ناصر الخطيب	الاسم : د/ وفاء معتوق فراش	الاسم : د/ نور حسن قاروت
التوقيع : ----------	التوقيع : ----------	التوقيع : ----------

رئيس قسم الدراسات العليا الشرعية

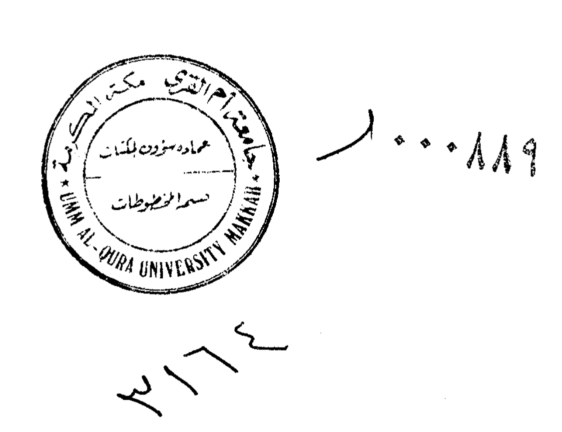
الاسم : د/ عبد الله بن حمد الغطيمل

التوقيع : ----------

يوضع هذا النموذج أمام النسخة المقابلة لنسخة عنوان الأطروحة في كل نسخة من الرسالة



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه وأصوله
شعبة الفقه



أقسام العقود في الفقه الإسلامي

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه

إعداد الطالبة
حنان بنت محمد حسين جستنيه

إشراف
الأستاذ الدكتور / ياسين بن ناصر الخطيب

١٤١٨هـ ــ ١٩٩٨م

(الجزء الثاني)

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص بحث رسالة ماجستير بعنوان : (أقسام العقود في الفقه الإسلامي)

الحمد لله الذي شرع الشرائع ووضع الأحكام . وبين لعباده الحلال والحرام ، والصلاة والسلام على رسوله الكريم محمد بن عبد الله سيد المرسلين ، وخاتم النبيين ، المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه أجمعين ومن سار على نهجه إلى يوم الدين .

أما بعد :

فهذه رسالة مقدمة لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، وإليك أيها القارئ الكريم وصفاً عاماً لبناء الرسالة التي اشتملت على مقدمة وبابين وخاتمة :

١- المقدمة ، وقد اشتملت على أهمية الموضوع وسبب اختياره وخطة البحث ومنهجه .

٢- الباب الأول التمهيدي ، وقد اشتمل على ثلاثة فصول : تناولت في الفصل الأول لمحات عامة عن العقد من جهة تأريخه ، وعن أهميته في معاملات الناس ، وأثر الرضا والحرية والعرف والوفاء في العقود . وقد خصَّصت الفصل الثاني لتعريف العقد لغة ، واصطلاحاً والفرق بين العقد والتصرف ، والعقد والالتزام . أما الفصل الثالث فقد تكلمت عن أركان العقد وشروطه العامة والخاصة ، وحكمه .

٣- الباب الثاني : خصَّصته لدراسة أقسام العقود في الفقه وصورها ، وقد اشتمل على ثمانية فصول :

أ ــ الفصل الأول :ــ عن أقسام العقود بالنظر إلى التسمية وعدمها .

ب ــ الفصل الثاني :ــ عن أقسام العقود بالنظر إلى الصحة والفساد .

ج ــ الفصل الثالث :ــ عن أقسام العقود من ناحية الصيغة .

د ــ الفصل الرابع :ــ عن أقسام العقود بالنظر إلى اللزوم وعدمه .

هـ ــ الفصل الخامس : ــ عن أقسام العقود بالنظر إلى الضمان وعدمه .

و ــ الفصل السادس :ــ في أقسام العقود بالنظر إلى غاية العقد .

ز ــ الفصل الثامن :ــ في أقسام العقود بالنظر إلى اشتراط القبض .

ح ــ الفصل الثامن :ــ في تقسيمات حديثة للعقود .

ثم ختمت الرسالة بخاتمة ذكرت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث ، والتي من جملتها :

١ــ إن الشريعة الإسلامية لها نظامها الخاص في تقسيم العقد من حيث الصحة والبطلان والفساد ، وقد برع فقهاء الحنفية في إبراز هذه التقسيمات وصياغتها صياغة موفقه .

٢ ــ إن العاقد لا يستطيع التحلل من العقد اللازم بإرادته بينما يملك العاقدان أو أحدهما في العقد غير اللازم أن يتحلل من التزامه دون مسؤولية عليه في ذلك .

٣ ــ الأصل أن العقد تترتب عليه آثاره بمجرد الاتفاق بين الطرفين ، إلا أن هناك طائفة من العقود يشترط فيها القبض . إلى غير ذلك من النتائج المدونة في خاتمة البحث .

الطالبة	المشرف	العميد
حنان بنت محمد جستنيه	د . ياسين بن ناصر الخطيب	د . محمد العقلا

الفصل الخامس
أقسام العقود بالنظر إلى الضمان وعدمه

ويشتمل هذا الفصل على خمسة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف الضمان ، وبيان أسبابه .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الضمان لغة واصطلاحا .

المطلب الثاني : أسباب الضمان .

المبحث الثاني : عقود الضمان ، وأمثلتها .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : الضمان في عقد البيع .

المطلب الثاني : الضمان في عقد الصلح عن مال بمال .

المطلب الثالث : الضمان في عقد القرض .

المطلب الرابع : الضمان في عقد النكاح .

المبحث الثالث : عقود الأمانة ، وأمثلتها .

وفيه ستة مطالب :

المطلب الأول : ضمان الوديعة .

المطلب الثاني : ضمان العارية .

المطلب الثالث : الضمان في الشركة .

المطلب الرابع : الضمان في عقد المضاربة (القراض) .

المطلب الخامس : الضمان في عقد الهبة .

المطلب السادس : الضمان في عقد الوصية .

المبحث الرابع : عقود مزدوجة الأثر ، وأمثلتها .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : بيان وجه الضمان ووجه الأمانة في عقد إجارة منافع الأعيان .

المطلب الثاني : الضمان في عقد الرهن .
المطلب الثالث : بيان وجه الضمان ووجه الأمانة في عقد الصلح عن مال بمنفعة .
المبحث الخامس : في ذكر القاعدة العامة عند الفقهاء المتعلقة بالضمان في العقود وأهم الضوابط .
وفيه ثلاثة مطالب :
المطلب الأول : القاعدة العامة عند الفقهاء في ضمان الأعيان والأموال بالعقد .
المطلب الثاني : ضابط التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة .
المطلب الثالث : في الفروق .

تقديم :

إن من أسباب الضمان عند الفقهاء الالتزام بالعقد [١] والمراد " أن يكون شغل الذمة بسبب اتفاق الطرفين المتعاقدين لا بسبب إلزام الشارع " [٢].

ويمكن تقسيم العقود من حيث الضمان وعدمه إلى ثلاثة أقسام :

الأول ــ عقود الضمان .

الثاني ــ عقود الأمانة .

الثالث ــ عقود مزدوجة الأثر .

ونتناول من خلال مباحث هذا الفصل بيان هذه الأقسام الثلاثة بتعريفها وذكر أمثلتها وصور من الضمان التي تتمثل فيه وأحكامها .

إلا أنه من المناسب قبل الحديث عن أقسام العقود بالنظر إلى الضمان وعدمه الإشارة إلى بعض النقاط المهمة والتي تشمل تعريف الضمان ، وبيان أسبابه عند الفقهاء ، وفي المبحث التالي بيان كل منهما .

---

(١) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣٢٢/٢ ــ ٣٢٣ ؛ ابن رجب /**القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٨٩) : ١٩٦ .

(٢) فيض الله / **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام** : ٢٥ .

المبحث الأول ــ تعريف الضمان ، وبيان أسبابه .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الضمان لغة واصطلاحا .

أ ـ الضمان لغة :

الضمان الكفالة والالتزام . يقال : ضَمِنْتُ المال ضَمَاناً فأنا ضَامِنٌ وضَمِينٌ : كَفَلْتُ به والتزمته . وضَمَّنْتُهُ المال تَضْمِيناً فَتضمَّنَهُ عنِّي : ألزمته به وغَرَّمْتُهُ .وضمَّنت الشيء كذا جعلته محتويا عليه [(١)] .

وفي الحديث ((أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ)) [(٢)]، والمراد التزامه به عند هلاكه واعتباره كجزء من ماله ، هلاكه عليه ، فإن ظهر مستحقا لزمته قيمته ، وهو بهذا المعنى استعمال لغوي قريب من استعمال الفقهاء .

ب ـ الضمان اصطلاحا :

يطلق الضمان في اصطلاح الفقهاء على عدة معانٍ، تناولها الفقهاء من خلال تعريفهم للضمان نذكر منها :

---

(١) انظر : (م : ضمن) : الجوهري / **الصحاح** : ٢١٥٥/٦ ؛ الزمخشري / **أساس البلاغة** : ٣٧٩ ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ١٦١ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ١٣٨ .

(٢) رواه الترمذي ، وأبو داود ، والنسائي ، وابن ماجة ،وأحمد ، بألفاظ متقاربة ، من حديث عائشة رضي الله عنها ، وفيه قصة : أَنَّ رَجُلاً اشْتَرَى عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَرَدَّهُ . فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّهُ قَدِ اسْتَغَلَّ غُلاَمِي . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ((الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ)) .

قَالَ أَبُو عِيسَى : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَقَدْ رُوِيَ هَذَا الْحَدِيثُ مِنْ غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ .

وَتَفْسِيرُ الْخَرَاجِ بِالضَّمَانِ هُوَ : الرَّجُلُ يَشْتَرِي الْعَبْدَ فَيَسْتَغِلُّهُ ثُمَّ يَجِدُ بِهِ عَيْبًا فَيَرُدُّهُ عَلَى الْبَائِعِ فَالْغَلَّةُ لِلْمُشْتَرِي لأَنَّ الْعَبْدَ لَوْ هَلَكَ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي وَنَحْوُ هَذَا مِنَ الْمَسَائِلِ يَكُونُ فِيهِ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ .

الترمذي ، **السنن** : ٥٨١/٣ ــ ٥٨٢ ، كتاب البيوع (١٢) ، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا (٥٣) ، حديث (١٢٨٥) .

أبو داود ، **السنن** :٧٧٧/٣ ــ ٧٧٩ ، كتاب البيوع والإجارات (١٧) ، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا (٧٣) ، حديث (٣٥٠٨) .

النسائي ، **السنن** : ٢٥٤/٧ ــ ٢٥٥ ، كتاب البيوع ، باب الخراج بالضمان .

ابن ماجة ، **السنن** : ٧٥٤/٢، كتاب التجارات (١٢) ، باب الخراج بالضمان (٤٣) ، حديث (٢٢٤٣) .

أحمد ، **المسند** : ٣٠٥/٩ ، مسند السيدة عائشة (٧٧٢) ، حديث (٢٤٢٧٩) .

جاء في شرح الأشباه والنظائر : " الضمان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا " [١]. فالمراد بالضمان هنا ما يجب من مال عوضا عما تلف من مال .

وفي مجلة الأحكام : الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيمات [٢]. فالمراد بالضمان هنا غرامة المتلفات .

ويستعمل فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة كلمة الضمان بمعنى الكفالة .

جاء في جواهر الإكليل : الضمان شغل ذمة أخرى بالحق [٣].

وقال الشربيني [٤] مبينا معنى الضمان شرعا : " يقال لالتزام حق ثابت في ذمَّة الغير ، أو إحضار من هو عليه ، أو عين مضمونة ، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك " [٥]. فالمراد بالضمان في النصين كفالة النفس وكفالة المال .

وقال ابن قدامة [٦] : الضمان " ضم ذمَّة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ،

---

(١) الحموي / **غمز عيون البصائر** : ٦/٤ . وانظر : الشوكاني / **نيل الأوطار** : ٣٦٢/٥ .

(٢) **مجلة الأحكام العدلية** (م: ٤١٦) : ٣٧٨/٢ .

(٣) الآبي : ١٠٩/٢ .

(٤) **محمد بن محمد الخَطِيب الشِّرْبِينيّ (- ٩٧٧هـ)** : شمس الدين ، فقيه شافعي ، مفسر ، لغوي ، من أهل القاهرة . أخذ عن الشيخ أحمد البرلسي الملقب بعميرة ، والنور المحلي ، والنور الطهواني ، والشهاب الرملي ، والشيخ ناصر الدين الطبلاوي ، وغيرهم وأجازوه بالإفتاء والتدريس ، فدرس وأفتى في حياة أشياخه ، وانتفع به خلائق لا يحصون ، وأجمع أهل مصر على صلاحه ، ووصفوه بالعلم والعمل والزهد والورع وكثرة النسك والعبادة .

من تصانيفه : (الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع) ، و(مغني المحتاج في شرح المنهاج) للنووي ، كلاهما في الفقه . وله (تقريرات على المطول) في البلاغة ، و(شرح شواهد القطر) .

[انظر : **الكواكب السَّائِرَة بأعيان المائة العاشرة** : (٧٩/٣-٨٠) ؛ ابن العماد / **شذرات الذهب** : (٣٨٤/٨) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٦/٦) وفيه محمد بن أحمد] ..

(٥) **مغني المحتاج** : ١٩٨/٢ .

(٦) **عبد الله بن أحمد بن محمد بن قُدامَة الجماعيلي المَقْدسيُّ الدمشقي (٥٤١ ـ ٦٢٠ هـ)** : أبو محمد ، موفق الدِّين ، من كبار فقهاء الحنابلة المشهورين ، مجتهد . من أهل جماعيل من قرى نابلس بفلسطين. خرج من بلده صغيراً واستقر بدمشق ، فتعلم فيها وقرأ القرآن وسمع الحديث . ثم رحل في طلب العلم إلى بغداد أربع سنين وتفقه فيها على مذهب الإمام أحمد ، ثم عاد إلى دمشق ، وتوفي بها .

من تصانيفه : (المغني في الفقه شرح مختصر الخرقي) ، و(الكافي) ، و(المقنع) ، و(العمدة) كلها في الفقه ، وله في الأصول (روضة الناظر).

[انظر : ابن العماد / **شذرات الذهب** : (٨٨/٥-٩٢) ؛ البغدادي / **هدية العارفين** : (٤٥٩/١-٤٦٠) ؛ الذهبي / **سير أعلام النبلاء** : (١٦٥/٢٢-١٧٣) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (٣٠/٦)]

فيثبت في ذمَّتهما جميعا ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما " [1] . فالمراد بالضمان هنا كفالة المال .

وعرَّفهُ الأستاذ الزرقا بأنه : التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير [2]. وهو من أوجز وأوضح التعاريف فهو يشمل ضمان المال والتزامه بعقد : ككفالة المال ، وبغير عقد : كغرامة المتلفات والغصوب ، وما يجب بإلزام الشارع بسبب الاعتداءات : كالدِّيات ضمانا للأنفس ، والأروش [3] ضمانا لما دونها ، وكضمان قيمة صيد الحرم ، وكفارة اليمين ، وكفارة الظهار ، وكفارة الإفطار عمدا في رمضان .

المطلب الثاني : أسباب الضمان [4] .

اختلفت اتجاهات الفقهاء وتباينت عباراتهم في بيان أسباب الضمان ، ثم إن الناظر المتأمل في هذه الأسباب يجد أنها تتداخل بعضها في بعض .

قال صاحب الفروق : اعلم أن أسباب الضمان في الشريعة ثلاثة لا رابع لها ، أحدها : العدوان ،كالقتل والإحراق وهدم الدور وأكل الأطعمة وغير ذلك من أسباب إتلاف المتموِّلات . فمن تعدى في شيء من ذلك وجب عليه الضمان إما المثل إن كان مثليا أو القيمة إن كان مُقوَّما أو غير ذلك من الجوابر .

وثانيها : التسبب للإتلاف ، كحفر الآبار في طرق الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافر أو في أرضه لكن حفرها لهذا الغرض .

وثالثها : وضع اليد التي ليست بمؤتمنة ، كقبض المبيع أو بقاء يد البائع ، فإنه من ضمان البائع قبل القبض ومن ضمان المشتري بعد القبض مع عدم العدوان ، وكقبض

---

(١) **المغني على مختصر الخرقي** : ٧٠/٥ . وانظر : ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٧٠/٥ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ١٠٦١) : ٣٥٤ .

(٢) **المدخل الفقهي العام** : ١٠٣٢/٢ .

(٣) الأرش : دية الجراحات ، وأصله الفساد ، ثم استعمل في نقصان الأعيان لأنه فساد فيها . [انظر (م : أرش) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٥ ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ٦ ؛ الجرجاني / **التعريفات** : ٣١] .

(٤) انظر : القرافي / **الذخيرة** : ٤٣/٥ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢٣٧/٢ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٨٩/٢ ، ٣٢٢ ــ ٣٢٦ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٦٢ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ١٣١/٢ ــ ١٣٤ ؛ الرافعي / **فتح العزيز شرح الوجيز** : ٣٤٠/١١ ــ ٣٤١ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٨٩) : ١٩٦ .

الأعيان التي تقترض ، فإن المقترض يضمنها اتفاقا مع عدم العدوان [١].

وجاء في المنثور : " أسباب الضمان أربعة : عقد ، ويد ، وإتلاف ، وحيلولة " [٢].

وقال ابن رجب : " أسباب الضمان ثلاثة : عقد ويد وإتلاف " [٣].

وإذا فأسباب الضمان هي :

أولا ــ العقد :

والمراد بضمان العقد هو : " تعويض مفسدة مالية مقترنة بالعقد " [٤].

ثانيا ــ اليد :

والمراد بضمان اليد : " تعويض تلف المال المحوز ، بائتمان أو بغير ائتمان " [٥].

فاليد المؤتمنة على المال كَيَدِ الوديع ، والشريك ، والوكيل ، والمقارض ، فيضمنون إذا حصل تعدٍّ منهم .

أما اليد غير المؤتمنة كَيَدِ البائع على المبيع قبل القبض ، والمشتري بعد القبض ، والغاصب ، فيضمنون مطلقا .

ثالثا ــ الإتلاف :

والإتلاف هو : " إخراج الشيء عن أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة " [٦]، نفسا أو مالا .

وهو نوعان :

أحدهما : الإتلاف بالمباشرة ، وهو إتلاف الشيء بالذات ، ويقال لمن فعله : فاعل مباشر [٧].

الثاني : الإتلاف بالتسبب ، وهو : التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ، ويقال لفاعله : متسبب [٨].

---

(١) انظر : القرافي / **الفروق** (ف : ١١١) : ٢/ ٢٠٦ ــ ٢٠٧ ، (ف : ٢١٧) : ٢٧/٤ ؛ المكي / **تهذيب الفروق** : ٢٠٣/٢ ، ٥٨/٤ .

(٢) الزركشي : ٣٢٢/٢ ، وانظر : ٣٩٢/٣ .

(٣) **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٨٩) : ١٩٦ .

(٤) فيض الله / **نظرية الضمان** : ٦٦ . وانظر : الخفيف / **الضمان في الفقه الإسلامي** : ٢٠ .

(٥) فيض الله / **نظرية الضمان** : ٦٦ .

(٦) الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٦٤/٧ .

(٧) **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٨٨٧) : ٤٥٢/٨ . وانظر : الرافعي / **فتح العزيز شرح الوجيز** : ٢٤١/١١ .

(٨) **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٨٨٨) : ٤٥٢/٨ . وانظر : الرافعي / **فتح العزيز شرح الوجيز** : ٢٤١/١١ .

والمراد بضمان الإتلاف هو : " تعويض مفسدة مالية لم تقترن بعقد " [١].

وضمان الأموال مبني على جبر ما يفوت بالإتلاف ، أما ضمان النفس وإن كان القصد منه جبر الفائت ، إلا أن مبناه على شفاء الغليل ، لما سببه المتلف من ضرر جسدي ونفسي .

رابعا ـ الحيلولة بين المستحق وحقه :

وهي قسمان :

الأول : فعلية توجب الضمان قطعا ، كالغصب .

والثاني : قولية ، وهل توجب الضمان ؟ إن كانت مما لا يستدرك تضمن قطعا ، كالشهود الراجعين في الطلاق البائن والعتق فيغرمون قطعا ؛ إذ لا تدارك بالتصادق والاتفاق ، وإن أمكن تداركه بالتصادق فقولان أصحهما نعم ، كما لو شهدوا بمال فرجعوا ، فإنهم يغرمون للمحكوم عليه في الأظهر ؛ لحصول الحيلولة بشهادتهم [٢].

* * * * *

---

(١) فيض الله / **نظرية الضمان** : ٦٦ .

(٢) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٢/٨٩ ـ ٩٢ ، ٣٢٥ ـ ٣٢٦ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٦٢ .

المبحث الثاني : عقود الضمان وأمثلتها .

وفيه أربعة مطالب :

عقود الضمان قسمان :

أحدهما : عقد شُرِع للضمان أو هو الضمان بذاته ، وهو الكفالة ، ويطلق عليها جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الضمان [١].

وقد اتفق الفقهاء على أن الكفالة إذا صَحَّت باستجماع شروطها ، لزم الضامن أداء ما ضمنه ، وكان للمضمون له (الدائن) مطالبته [٢].

الثاني : عقود لم تُشْرَع للضمان ، بل شُرِعَت للملك والربح ونحوهما ، لكن الضمان يترتب عليها باعتباره أثرا لازما لأحكامها ، ويكون المال المقبوض فيها مضمونا على القابض بأي سبب هلك ، كعقد البيع ، والقرض ، والزواج ، والمخالعة ، والصلح عن مال بمال وإقالة هذه العقود ، وغيرها من عقود المعاوضات .

وأيضا كما يترتب الضمان على بعض العقود باعتباره أثرا لازما لأحكامها فإنه يترتب عليها أثراً لاشتراط شرط صحيح فيها أو لاشتراط فرضه العرف .

وفي المطالب التالية أتناول صوراً من الضمان في هذه العقود وأحكامها ،كما يلي :

المطلب الأول ــ الضمان في عقد البيع :

وأبيِّن من خلال هذا المطلب صُوراً من الضمان في عقد البيع في مسألتين :

الأولى . إذا هلك المبيع كله في يد البائع (قبل القبض) :

اختلف الفقهاء في ضمان تلف المبيع قبل القبض هل يكون على المشتري أم يكون على البائع حتى يقبضه المشتري ؟ على قولين :

---

(١) انظر : البغدادي / **المعونة** : ١٢٣٠/٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ١٩٨/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٧٠/٥ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٧٠/٥ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ١٠٦١) : ٣٥٤ .

(٢) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٢٨٤/٥ ؛ ابن المنذر / **الإجماع** : ٥٩ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٧٣/٥ .

القول الأول : ذهب الحنفية [١] والشافعية [٢] إلى أن المبيع في ضمان البائع حتى يقبضه المشتري ، فإن هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه أو بفعل البائع ، انفسخ عقد البيع بتلفه كليا ، وثبت الخيار للمشتري بتلفه ، وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري ؛ لأن انفساخ البيع يعني ارتفاعه من أصله .

وإن هلك بفعل المشتري ، فلا ينفسخ البيع وعليه الثمن ؛ لأنه بالإتلاف صار قابضا لكل المبيع .

واشترط الشافعية [٣] لاعتبار إتلاف المشتري قبضا أن يكون المشتري أهلا للقبض وأن لا يكون إتلافه لعارض يبيح الإتلاف مثل أن يصول عليه [٤].

وإن حصل التلف بفعل البائع والمشتري معا قبل القبض ، فقد ذكر الشافعية أن البيع ينفسخ في نصفه ويلزم في نصفه الآخر ، بناء على أن إتلاف البائع كالآفة السماوية وإتلاف المشتري قبض ، ولا خيار للمشتري لأن البيع قد لزمه بجنايته وإتلافه فلا ينفسخ [٥].

وإن هلك بفعل أجنبي ، لا ينفسخ البيع ، ويُخيَّر المشتري بين الفسخ أو الإمضاء ودفع الثمن ومطالبة الأجنبي بالضمان ، جاء في بدائع الصنائع : " وإن هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه ؛ لأنه أتلف مالا مملوكا لغيره بغير إذنه ولا يد له عليه فيكون مضمونا عليه بالمثل أو القيمة ، والمشتري بالخيار إن شاء فَسَخَ البيع فيعود المبيع إلى مُلْكِ البائع فيتبع الجاني فيضمنه مثله إن كان من ذوات الأمثال ، وقيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال . وإن شاء اختار البيع فاتبع الجاني بالضمان ، واتبعه البائع بالثمن " [٦].

وبهذا قال الشافعية فيما لو أتلفه الأجنبي بغير حق ولم يكن حربيا . أما إذا أتلفه الأجنبي بحق أو كان حربيا ، انفسخ البيع وسقط الثمن عن المشتري [٧].

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/ ٢٣٨ — ٢٣٩ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٦١/٤ ، ٥٦٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٢٩٣) ، وشرحها **درر الحكام** : ٢٣٣/١ .

(٢) انظر : الشربيني / **مغني المحتاج** : ٦٥/٢ — ٦٧ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٥٠١/٣ — ٥٠٢ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٢٩٦/١ .

(٣) انظر : الشربيني / **مغني المحتاج** : ٦٦/٢ ؛ الرملي / **نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي عليه** : ٨٠/٤ .

(٤) أي وثب عليه يقاتله . جاء في **المصباح المنير** : (م : صول) : ١٣٤ : " الفَحْل يصول صولا وثب . قال أبو زيد : إذا وثب البعير على الإبل يقاتلها قلت : استأسد البعير وصال صولا وصيالة " .

(٥) انظر : الشربيني / **مغني المحتاج** : ٦٧/٢ ؛ الرملي / **نهاية المحتاج** : ٨٢/٤ .

(٦) الكاساني : ٥/ ٢٣٨ — ٢٣٩ .

(٧) انظر : الرملي / **نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي عليه** : ٨٣/٤ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٦٧/٢ — ٦٨.

القول الثاني : ذهب المالكية [١]، والحنابلة [٢]، والظاهرية [٣] إلى أن البيع متى كان صحيحا فإن المبيع يدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد ولو لم يقبضه ، فإن تلف بعد تمام العقد وقبل القبض تلف من مال المشتري .

واستثنى المالكية [٤]والحنابلة [٥] صورا يكون المبيع فيها من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري ، منها : الثمار المبيعة بيعا صحيحا على أصولها بعد النضج ، فضمانها على بائعها إلى وقت الأمن من الجائحة عند المالكية [٦]، وإلى وقت القطع عند الحنابلة [٧].

ومنها : ما فيه حق توفية وهو المكيل والموزون والمعدود والمذروع إذا بيع كيلا أو وزنا أو عدّاً أو ذرعا ، فإنه لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض ، فإن تلف قبل القبض ، فإنه يكون من ضمان البائع فيتلف من ماله [٨].

ومنها : المبيع بصفة أو رؤية متقدمة فإنه يكون في ضمان بائعه حتى يقبضه المشتري[٩].

---

(١) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٤٦/٣ — ١٤٧ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ٥١/٢ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٣٩/٢ .

(٢) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٣٧/٤ — ٢٣٨ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٨٨/٢ .

(٣) انظر : ابن حزم / **المحلى**: ٢٧١/٧ .

(٤) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٤٦/٤ — ١٤٧ ، ١٥٠ — ١٥١ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ٥١/٢ ؛ **بداية المجتهد** : ١٣٩/٢ — ١٤٠ .

(٥) خلافا للظاهرية فلم يستثنوا من ذلك شيئاً. انظر : ابن حزم / **المحلى**: ٢٧١/٧ — ٢٧٢ .

(٦) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٤٦/٤ — ١٤٧ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ٥٢/٢ .

والجائحة : كل آفة لا صنع للآدمي فيها ، كالريح والبرد والجراد والعطش . [انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٣٤/٤] .

(٧) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٣٣/٤ — ٢٣٥ .

(٨) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٣٩/٢ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ٥١/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٤٣/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٣٥/٤ — ٢٣٦ .

(٩) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٤٦/٤ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٣٩/٢ — ١٤٠ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ٥١/٢ — ٥٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٤٢/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٣٨/٤ .

ومنها : عند المالكية المبيع في عهدة الثلاث [١]، فإنه في ضمان بائعه حتى تنقضي المدة ، ثم يبرأ من ضمانه ويكون في ضمان المشتري .

قَالَ مَالِك : مَا أَصَابَ الْعَبْدُ أَوِ الْوَلِيدَةُ فِي الأَيَّامِ الثَّلاَثَةِ مِنْ حِينِ يُشْتَرَيَانِ حَتَّى تَنْقَضِيَ الأَيَّامُ الثَّلاَثَةُ فَهُوَ مِنَ الْبَائِعِ وَإِنَّ عُهْدَةَ السَّنَةِ مِنَ الْجُنُونِ وَالْجُذَامِ وَالْبَرَصِ فَإِذَا مَضَتِ السَّنَةُ فَقَدْ بَرِئَ الْبَائِعُ مِنَ الْعُهْدَةِ كُلِّهَا [٢].

ومنها : السلعة المحبوسة عند بائعها لإتيان المشتري بالثمن ، أو للإشهاد على تسليمها، فإنها في ضمان البائع حتى يقبضها المشتري ، ويضمنها البائع ضمان الرهن ولا تخيير فيها للمشتري [٣].

ومنها : الجارية المبيعة في مدة المواضعة [٤]، فإنها في ضمان البائع حتى تحيض ، فبمجرد رؤية الدم تخرج من ضمان البائع وتدخل في ضمان المشتري على المعتمد [٥].

وقال المالكية : التلف للمبيع بيعا صحيحا لازما الحاصل وقت ضمان البائع بأن كان مما فيه حق توفية أو ثمارا قبل أمن جائحتها أو مواضعة أو غائبا تلف بسماوي أي بأمر من الله تعالى لا بجناية أحد ، يُفسخُ العقد ، فلا يلزم البائع الإتيان بغير المعين المعقود عليه . وإتلاف المشتري وقت ضمان البائع قبض لما أتلفه مقوما أو مثليا ، فيلزمه الثمن . وإتلاف البائع والأجنبي للمبيع — سواء أكان المبيع في ضمان البائع أم المشتري — ، لمن له الضمان . فجناية الأجنبي عمدا أو خطأ توجب غرم القيمة أو المثل ، لمن له الضمان بائعا أو مشتريا .

---

(١) معنى العهدة : تعلق المبيع بضمان البائع مدة معلومة ، فيلحقه مايصيبه من نقص أو هلاك . فالبيع فيما فيه عهدة لازم لا خيار فيه ولكنه مترقب مراعى ، فإن سلم في مدة العهدة علم لزومه للبائع والمشتري ، وإن كان معيبا أو به نقص لزم البائع وثبت الخيار للمشتري بين الرد والإمضاء .[انظر : الباجي / **المنتقى** : ١٧٣/٤ ، الدسوقي / **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**: ٩٦/٣] .

(٢) **الموطأ** : ٤٧٧/٢ ، كتاب البيوع (٣١) ، باب ما جاء في العهدة (٣) . وانظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٤٦/٤ .

(٣) فإن كانت مما لا يمكن إخفاؤه ، فلا ضمان عليه إذا ادعى تلفه أو هلاكه ، إلا أن يظهر كذبه . وإن كانت مما يغاب عليه ، فعليه ضمانها ، إلا إذا قامت البينة على تلفه بغير سببه ، فلا يضمن . [انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٤٦/٤ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ٥١/٢] .

(٤) المواضعة : أن توضع الجارية إذا بيعت على يد امرأة معدلة حتى تحيض حيضة فإن هي حاضت كمل البيع ، وإن لم تحض وظهر بها حمل فسخ البيع . [انظر : الباجي / **المنتقى شرح الموطأ** : ٢٠٢/٤] .

(٥) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٤٦/٤ .

أما البائع فإن جنايته عمدا أو خطأ توجب غرم القيمة أو المثل للمشتري سواء أكان الضمان للبائع أم للمشتري [(١)].

وقال الحنابلة : التلف للمبيع بيعا صحيحا لازما الحاصل وقت ضمان البائع مثل أن يكون مما فيه حق توفية ، إن تلف بسماوي أي بأمر من الله تعالى لا بجناية أحد ، يُفسخُ العقد لأنه من ضمان البائع .

فإن حصل التلف بفعل المشتري ، فإن إتلافه يعتبر قبضا للمبيع على الصحيح من المذهب ، ويستوي في ذلك العمد والخطأ .

وإن حصل التلف بفعل البائع أو أجنبي ، فإن البيع لا ينفسخ ، ويُخيَّر المشتري بين الفسخ والإمضاء ، فإن اختار الفسخ فإنه يرجع على البائع بما أخذ من الثمن لأنه مضمون عليه إلى قبضه ، وللبائع مطالبة المتلف ببدله من المثل أو القيمة ؛ لأنه لما فسخ المشتري عاد الملك للبائع فكان له الطلب على المتلف .

أما إذا اختار المشتري إمضاء البيع فإنه ينقد الثمن للبائع إن كان لم يدفعه ، ويطالب المشتري مُتلِفَه بائعا كان أو أجنبيا بمثل المُتْلف إن كان مثليا أو قيمته إن كان متقوما ؛ لأن الإتلاف كالعيب في المبيع وقد حصل في موضع يلزم البائع ضمانه ، فثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء ، كما أنَّ له الخيار إذا وجد المبيع معيبا [(٢)].

الأدلة :

أولا ـ أدلة الحنفية والشافعية :

استدل الحنفية والشافعية على أن المبيع في ضمان البائع حتى يقبضه المشتري بالمعقول فقالوا : أن العقد لو لم ينفسخ بتلف المبيع قبل القبض لأوجب مطالبة المشتري بالثمن ، وإذا طالبه بالثمن ، فالمشتري يطالبه بتسليم المبيع ، والبائع عاجز عن التسليم ، فتمتنع المطالبة أصلا .

وعلى هذا فإن بقاء العقد لا فائدة له ، فينفسخ ، وإذا انفسخ سقط الثمن عن المشتري ؛ لأن انفساخ البيع ارتفاعه من أصله كأن لم يكن [(٣)].

---

(١) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٤٧/٤ ، ١٥٠ .

(٢) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٨٨/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٤٣/٣ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٣٨/٥ .

ثانيا ـ أدلة المالكية والحنابلة ومن وافقهم :

استدل المالكية والحنابلة ومن وافقهم على أن البيع متى كان صحيحا فإن المبيع يدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد ولو لم يقبضه ، فإن تلف بعد تمام العقد وقبل القبض تلف من مال المشتري بالسنة والآثر والمعقول :

من السنة :

استدلوا بحديث ((الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ)) [١] .

وجه الدلالة من الحديث :

أن المبيع نماؤه للمشتري فضمانه عليه .

من الآثار :

قول عمر رضي الله عنه : مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع [٢].

من المعقول :

قالوا : أن المبيع لم يتعلق به حق توفية ، وهو من ضمان المشتري بعد القبض ، فكذلك قبله ، كالميراث .

---

(١) تقدم تخريجه ، ص : ٣١٢.
وهذا الحديث هو نص لقاعدة فقهية مشهورة في الضمان هي : قاعدة (الخراج بالضمان).
ومعنى هذه القاعدة أن منافع الشيء يستحقها من يلزمه ضمانه لو هلك ، فتكون المنفعة مقابل تحمل خسارة هلاكه ، فما لم يدخل في ضمانه لا يستحق منافعه ، وفي الحديث نَهَى رَسُولُ اللّهِ ﷺ عَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ . ومعناها أن منفعة الشيء وغلته لمالكه لقاء ضمانه إياه .
ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ١٥١ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م: ٨٥) : ٧٨/١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ١٣٥. .
ونص هذه القاعدة مرادف لقاعدة : (الغرم بالغنم) ، ومعنى هذه القاعدة أن التكلفات والغرامات التي تترتب على الشيء يضمنها المستفيد منه شرعا . [**مجلة الأحكام العدلية** (م : ٧٨) : ٧٩/١] .
وقاعدة : النعمة بقدر النقمة . [**مجلة الأحكام العدلية** (م : ٨٨) : ٧٩/١] .

(٢) ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٣٨/٤ .

وأيضا فإن تخصيص النبي ﷺ الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له [١] .

الترجيح :

الراجح والله أعلم هو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة وهو أن البيع متى كان صحيحا فإن المبيع يدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد ولو لم يقبضه ، فإن تلف بعد العقد وقبل القبض تلف من مال المشتري ، إلا في الصور المستثناه .

لأن هذا القول أقوى دليلا وأقرب إلى استقرار المعاملات .

المسألة الثانية . هلاك المبيع كله بعد القبض :

لا خلاف بين الفقهاء في أن التالف من البدلين بعد القبض ولزوم البيع يعتبر تالفا من مال قابضه ؛ لانتقال الملك إليه . فالبائع لا يرجع على المشتري إذا تلف الثمن بعد القبض ، والمشتري لا يرجع على البائع إذا تلف المبيع بعد القبض ، فالتالف من البدلين بعد القبض ولزوم البيع يعتبر تالفا من مال قابضه ؛ لانتقال الملك إليه [٢] .

وقال الحنفية : إن هلك المبيع كله بعد القبض بفعل البائع ينظر : فإن كان المشتري قبضه بإذن البائع ، فاستهلاك البائع والأجنبي سواء . وإن قبضه المشتري بغير إذن البائع صار البائع مستردا للمبيع باستهلاكه ، فحصل الاستهلاك في ضمانه ، فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن ، كما لو استُهلِكَ وهو في يده [٣].

واستثنى المالكية والحنابلة الجائحة تصيب الثمار. واستثنى المالكية تلف الرقيق في زمن العهدة [٤] .

---

(١) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٣٨/٤ .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/ ٢٣٩ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٢٩٤) ، وشرحها **درر الحكام** : ٢٣٦/١ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٤٠/٢ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/ ٢٣٩ .

(٤) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٤٠/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٣٣/٤ .

المطلب الثاني ــ الضمان في عقد الصلح عن مال بمال :

عقد الصلح عن مال بمال يعتبر بمثابة البيع ، وعليه يكون الحكم فيه كالحكم في البيع [١] .

وعقد البيع من أبرز عقود الضمان فكذلك الصلح عن مال بمال عقد ضمان ؛ لأن قبض المال فيه إنما هو على سبيل الاستيفاء لما استحقه القابض في مقابل عوض .

جاء في مجلة الأحكام : إن وقع الصلح عن الإقرار على مال مُعيَّن عن دعوى مال مُعيَّن فهو في حكم البيع ، فكما يجري فيه خيار العيب والرؤية والشرط كذلك تجري دعوى الشُفعة أيضا إن كان المصالح عليه أو المصالح عنه عقارا ، ولو استحق كل المصالح عنه أو بعضه ، يسترد هذا المقدار من بدل الصلح كلا أو بعضا ، ولو استحق بدل الصلح كله أو بعضه يطلب المدَّعِي من المدَّعَى عليه ذلك المقدار من المصالح عنه كلا أو بعضا . مثلا لو ادَّعى أحد على آخر دارا وتصالح على أن يعطيه كذا دراهم مع أن المدَّعَى عليه أقر بكون الدار له يكون كأن المدَّعِي باع تلك الدار للمدَّعَي عليه وتجري في هذا أحكام البيع على ما ذكر آنفا [٢].

المطلب الثالث ــ الضمان في عقد القرض :

لا خلاف بين الفقهاء في أن القرض بعد القبض يعتبر عند تلفه تالفا من مال المقترض بلا فرق بين أن يكون التلف بتعدٍّ أو تقصير أو لم يكن ، لانتقال الملك إليه على أساس وفائه برد مثله عوضا عنه [٣].

---

(١) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ٤٠٩/٨ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٤٠٩/٨ ؛ الدردير/ **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣٠٩/٣ ؛ ابن جزي / القوانين الفقهية : ٢٢١ ــ ٢٢٢ ؛ الماوردي/ **الحاوي** : ٣٦/٨ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ١٧٧/٢ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ١٧٣/١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٧/٥ .

(٢) (م : ١٥٤٨) : ٢٧/١٢ ــ ٢٨ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٩٥/٧ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ١٦١/٥ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٢٢٦/٣ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ٧٦/٢ ؛ المحلي / **شرح المحلي على المنهاج** : ٢٥٧/٢ ، ٢٥٩ ؛ قليوبي / **حاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج** : ٢٥٧/٢ ، ٢٥٩ ؛ عميرة / **حاشية عميرة علىشرح المحلي على المنهاج** : ٢٦٠/٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢٢٥/٢ ــ ٢٢٦ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٨٤/٤ ، ٣٨٧ .

فالقبض في القرض قبض ضمان لا قبض حفظ وأمانة فبمجرد تَسلُّم المقترض المال بيده مباشرة أو بيد وكيله بالقبض أو رسوله يصبح المال المقبوض مضمونا على المقترض .

المطلب الرابع ــ الضمان في عقد النكاح :

أتحدث في هذا المطلب عن ضمان تلف الصداق المعيَّن في عقد النكاح في مسألتين :

الأولى : في ضمان تلف الصداق المعيَّن قبل القبض .

اختلف الفقهاء على من يقع ضمان الصداق المعين إذا تلف قبل القبض على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب الحنفية [١] والشافعية [٢] إلى أن الصداق المعيَّن إذا تلف قبل قبض الزوجة له ، فهو في ضمان الزوج .

فعند الحنفية يجب على الزوج ضمان الصداق بمثله إن كان مثليا ، أو قيمته إن كان قيميا . وعند الشافعية في ذلك قولان :

أظهرهما : يضمنه ضمان عقد ، ولها عليه مهر المثل .

الثاني : يضمنه ضمان يد ، فلها عليه البدل بالمثل إن كان مثليا أو قيمته إن كان متقوَّما ، وتقدر بأقصى قيمة من يوم الصداق إلى يوم التلف على الأصح ؛ لأن التسليم كان مستحقا في كل وقت .

هذا إذا تلف الصداق بنفسه أو تلف بفعل الزوج ، فإذا أُتلف فله حالتان :

الأولى : إذا أتلفته الزوجة ، فإن ذلك يُعدُّ قبضا ويبرأ الزوج من ضمانه ؛ لأنها أتلفت حقها ، وقيَّد الشافعية ذلك بأن تكون الزوجة رشيدة وأن لا يكون إتلافها لصياله . فإن كانت غير رشيدة فلا تُعدُّ قابضة بالإتلاف ؛ لأن قبضها غير معتد به ، وكذلك إن أتلفته لصياله قياسا على البيع ، فإن المبيع لو كان عبدا فقتله المشتري لصياله لم يكن قبضا فكذلك هاهنا .

---

(١) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٣٤٦/٣ ــ ٣٤٧ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٨٧/٢ ؛ الزيلعي / **تبيين الحقائق** : ١٦٠/٢ .

(٢) انظر : الشافعي / **الأم** : ٥/ ٦٤ ــ ٦٥ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢٢١/٣ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٢٥٠/٧ ــ ٢٥٣ .

الثانية : إذا أتلفه أجنبي ، فالمذهب عند الشافعية أن الزوجة بالخيار بين أمرين : إمـــا فسخ الصداق وتأخذ من الزوج مهر المثل [١] ، ويرجع الزوج بالغرم على المُتلِف . وإمـــا أن تُجيز وتُغرِّم المتلف المثل أو القيمة ، وليس لها الرجوع على الزوج .

هذا إذا كان التلف كليا ، فإن كان جزئيا فقد فصل فقهاء الحنفية والشافعية حـــالات ضمانه كما يلي :

فرق الحنفية بين التلف الجزئي إن كان يسيرا أو فاحشا فقالوا : إن تلف جزء يسير من الصداق في يد الزوج قبل التسليم فليس لها غيره .

وإن كان التلف الجزئي فاحشا ، فإن كان بفعل الزوج فالزوجة مُخيَّرة بين أن تُضَمِّنَــهُ قيمته يوم تزوجها ، أو تأخذهُ وتُضَمِّنَ الزوج النقصان ؛ لأنه أتلف جزءا من الصداق ، ولـــو أتلفه كله ضمنه ، فإذا أتلف بعضه لزمه قدره .

وإن حصل بآفة سماوية فلها الخيار أيضا بين أن تُضَمِّنَهُ قِيْمَتَهُ يوم تزوجها ، أو تـــأخذه ناقصاً من غير أن تُضَمِّنَ الزوج قيمة النقصان . وكذلك إن حصل التلف بفعـــل الصـــداق نفسه في ظاهر الرواية .

وإن حصل التلف بفعل الزوجة فإنَّ ذلك يُعدُّ قبضا لما أتلفته ويبرأ الزوج من ضمانه .

وإن حصل التلف بفعل أجنبي فالزوجة مُخيَّرة بين أن تأخذه وتُضمِّن الجاني النقصـــان ، أو تُضمِّن الزوج وهو يرجع على الجاني ، وليس لها أن تأخذ العين وتُضمِّن الزوج النقصان ؛ لأنه لا صنع له منه بذلك .

هذا كله إذا دخل بها أو مات عنها ، فإن طلقها قبل الدخول فالحكم في حق النصـــف كما في الكل لو طلقها بعد الدخول [٢].

وعند الشافعية إن تلف جزء من الصداق في يد الزوج قبل التسليم ، فإن حصل التلـــف بآفة ، فالمذهب : أن عقد الصداق ينفسخ في الجزء التالف دون الباقي ، والزوجة بالخيار فإن فسخت الباقي رجعت إلى مهر المثل بناء على قول الشافعي في الجديد ، وإن أجازت البـــاقي فيُرْجَعُ في التالف إلى حصة قيمته من مهر المثل .

وإن أتلفه الزوج فالمذهب أنه كالمُتلَف بآفة .

وإن أتلفته الزوجة جعلت قابضة لقسطه من الصداق ، ولا ضمان على الزوج .

---

(١) بناء على القول الراجح بأن ضمان الصداق ضمان عقد . انظر : الشافعي / **الأم** : ٥/٦٥ .
ومهر المثل : " هو القدر الذي يرغب به في أمثالها " . [النووي / **روضة الطالبين** : ٧/٢٨٦] .

(٢) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٣/٣٤٦ ـــ ٣٤٧ .

وإن حصل التلف بفعل أجنبي فالزوجة مُخيَّرة بين الفسخ والإجازة . فـإن فسخت تأخذ الباقي وقسط قيمة التالف من مهر المثل على القول الراجح . وإن أجازت و لم تفسخ الصداق فإنها تأخذ الباقي وتُضمِّن المُتْلِف ما أتلفه (١).

القول الثاني : ذهب المالكية (٢) إلى أن ضمان الصداق المُعيَّن إذا ثبت هلاكه كضمان المبيع وبناء على ذلك فقد فَصَّلُوا القول في أحوال ضمانه فقالوا :

أولا : إذا تلف الصداق المُعيَّن قبل القبض بسبب الزوج فعليه ضمانه بكل حال .

ثانيا : إذا تلف الصداق المُعيَّن قبل القبض بغير سبب الزوج وقامت البينة على ذلك فله حالتان :

إحداهما : إن كان النكاح صحيحا و لم يحصل طلاق قبل الدخول ، فإن الزوجة تضمن الصداق بمجرد العقد ولو كان في يد الزوج ،كالمبيع في عقد البيع الصحيح ضمانه من المشتري بمجرد العقد سواء أكان بيده أم بيد البائع . والمراد بضمانها أنه يضيع عليها .

فإن حصل طلاق قبل الدخول فضمانه منهما سواء أكان بيد الزوج أم بيد الزوجة فكل من تلف بيده لا يغرم للآخر حصته .

الثانية : إن كان النكاح فاسدا فإن الزوجة لا تضمن الصداق إلا بقبضه كالمبيع في عقد البيع الفاسد .

ثالثا : إذا تلف الصداق المُعيَّن قبل القبض بغير سبب الزوج و لم تقم البينة على ذلك ، فحكمه حكم البيع أيضا ، فما يصدق فيه البائع والمشتري وهو ما لا يمكن إخفاؤه وثبت هلاكه يصدق فيه الزوج . ومالا يصدق فيه البائع والمشتري لا يصدق فيه الزوج وذلك إذا كان مما يمكن إخفاؤه و لم تقم على هلاكه بينة ، فيضمنه الزوج للزوجة بالقيمة إن كان قيميا أو بالمثل إن كان مثليا ، هذا إن لم يحصل طلاق قبل الدخول ، فإن طلقها قبل الدخول لزم لها نصف الصداق .

القول الثالث : ذهب الحنابلة (٣) والظاهرية (٤) إلى أنه لا ضمان على الزوج إذا تلف

---

(١) انظر : النووي / **روضة الطالبين** : ٢٥١/٧ ــ ٢٥٢ .

(٢) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٢٩٤/٢ ــ ٢٩٥ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ٣٠٥/١ ــ ٣٠٦ ، ٣١٧ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٣٦ .

(٣) انظر : البهوتي / **كشاف القناع** : ١٤١/٥ ؛البهوتي /**شرح منتهى الإرادات** : ٧١/٣ ــ ٧٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٩/٨ ــ ٣٠ ، ٣٧ ــ ٣٨ .

(٤) انظر : ابن حزم / **المحلى** : ٨١/٩ .

الصداق المُعيَّن بيده قبل قبض الزوجة و لم يحصل منه تعدٍّ أو تفريط . فإن فَرَّط في حفظه حتى تلف أو تعدَّى فعليه ضمانه بأي حال . وكذلك إن منعها منه بعد أن طلبته ثم تلف عنده فعليه ضمانه ؛ لأنه بمنعها منه صار غاصبا له ، والغاصب ضامن لما تلف بيده لعدوانه .

جاء في المغني : " وكل موضع قلنا هو من ضمان الزوج قبل القبض إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه ويضمنه بمثله إن كان مثليا " (١).

فإن أتلفته الزوجة بيد الزوج ، ضمنته ؛ لأن إتلافها له يعتبر قبضا منها ، فيسقط عن الزوج الضمان .

وإن أتلفه أجنبي فقد نَصَّ الحنابلة على أن الزوجة بالخيار بين الرجوع على الأجنبي بضمانه وبين الرجوع على الزوج ويرجع الزوج على المتلف .

الترجيح :

من خلال العرض السابق لأقوال الفقهاء أجد أن ما ذهب إليه المالكية يوافق ما ذهب إليه الحنابلة والظاهرية في الأصل وإن اختلفوا في بعض الأحوال والتفصيلات .

والحاصل أن وجه الاتفاق بين القولين ، أن يد الزوج على الصداق المُعيَّن قبل القبض يد أمانة ؛ لذلك فلا ضمان عليه ما لم يتعدَّ أو يفرط ، وهو القول الراجح في هذه المسألة وإنما أوجب المالكية الضمان على الزوج في بعض الصور للتهمة ولذلك يسقط عنه الضمان بقيام البينة كما سبق بيانه .

المسألة الثانية : في ضمان تلف الصداق المُعيَّن بعد القبض ، إذا طلقها قبل الدخول .

اختلف الفقهاء على من يقع ضمان الصداق إذا تلف ـــ كله أو جزء منه ـــ بعد قبض الزوجة له إذا طلقها قبل الدخول على أربعة أقوال :

القول الأول : ذهب الحنفية (٢) إلى أن الصداق إذا تلف في يد الزوجة ثم طُلقت قبل الدخول ، فعليها ضمان نصف قيمة العين يوم القبض إذا كان التلف كليا .

أما إذا كان التلف جزئيا فإن حصل بآفة سماوية أو بفعل الصداق أو بفعل الزوجة ، فالزوج بالخيار بين أن يأخذ نصف قيمة العين يوم القبض ؛ لِتعذُّر ردها كما قبضتها ، أو

---

(١) ابن قدامة : ٣٧/٨ .

(٢) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٣٤٧/٣ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٢/٢ .

أخذ نصف العين ناقصة وليس عليها ضمان النقص كتلفه بيد الزوج بعد الدخول ؛ لأنه صادف ملكا صحيحا لها فلا يوجب ضمان نقص عليها .

أما إذا كان بفعل أجنبي أو بفعل الزوج بعد تسليمه [1]، فليس للزوج إلا نصف قيمة عين الصداق يوم قبضت ولا سبيل له على العين ؛ لأن الأرش الذي أخذته الزوجة من الأجنبي بسبب النقص بمترلة الولد الحادث بعد قبض الزوجة ، فيمنع التنصيف حيث أن الزيادة المنفصلة المتولدة من العين كالولد والثمار إذا حدثت بعد قبض الزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لا يحكم بتنصيفها وتنصيف أصلها بل للزوج في الطلاق نصف قيمة الأصل فقط عند الحنفية .

فإن حصل التلف بعد الطلاق فإن للزوج أن يأخذ نصف الأصل مع نصف النقصان ؛ لأن الصداق بعد الطلاق يبقى في يدها كالمقبوض بحكم بيع فاسد . فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها أو بفعله أو بأمر سماوي ؛ لأنه مضمون عليها بالقبض ، والأوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب . أما لو حصل بفعل أجنبي فكما لو حصل الإتلاف قبل الطلاق .

القول الثاني : ذهب المالكية [2] إلى التفصيل فيما إذا تلف الصداق وحصل طلاق قبل الدخول فقالوا : إن الصداق إذا تلف وحصل طلاق قبل الدخول ، فإذا قامت البينة على أنه تلف بغير سبب سواء أكان يمكن إخفاؤه أو لا ، أو لم تقم بينة ولكنه مما لا يمكن إخفاؤه ، فضمانه من الزوجين ، فلا رجوع لأحدهما على الآخر ، ويحلف من كان بيده أنه ما فرط على الأظهر .

فإن كان مما يمكن إخفاؤه ولم تقم بينة على هلاكه ، فضمانه كضمان المبيع ، فيضمن من هلك في يده نصف القيمة أو نصف المثل ، سواء أكان الزوج أم الزوجة .

القول الثالث : ذهب الشافعية [3] والحنابلة [4] إلى أن ضمان الصداق إذا تلف بعد

---

(١) لأن الزوج بعد تسليمه للصداق كالأجنبي في إيجاب الأرش . [ابن الهمام / **فتح القدير** : ٣٤٧/٣] .

(٢) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٢٩٥ ، ٣٢٠ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ٣١٧/١.

(٣) انظر : الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢٣٥/٣ ـ ٢٣٦ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٢٩٢/٧ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٥٨/٢ .

(٤) انظر : البهوتي / **كشاف القناع** : ١٤٠/٥ ـ ١٤٣ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٧٣/٣ ؛ ابن قدامة/ **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٩/٨ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٢٦٦/٨ ، ٢٦٧.

قبض الزوجة له وحصل الطلاق قبل الدخول على الزوجة ، فتضمن للزوج نصف مثلـــه إن كان مثليا أو نصف قيمته إن كان قيميا [١].

هذا إذا تلف الصداق كله .

فإن تلف بعض الصداق بعد قبض الزوجة له بغير جناية جان عليه فالزوج بالخيار بـين أن يأخذ النصف ناقصا ولا شيء له غيره ؛ لأنه إذا اختاره بهذه الحالة فقد أســقط حقـــه . وبين أخْذِ نصف قيمته سليما وإن كان مثليا فنصفُ مثله ؛ لأن قبوله ناقصا ضرر عليه وهو منفي عنه شرعا .

وتعتبر القيمة عند الحنابلة يوم العقد إن كان الصداق مُتميِّزا لأنه مضمون بالعقد .

أما غير المُتميِّز فتعتبر قيمته يوم الفرقة على أدنى صفاته من يوم العقد إلى يوم القبـــض لأن غير المتميِّز لا يدخل في ضمانها قبل القبض[٢].

القول الرابع : ذهب الظاهرية [٣] إلى أنه لا ضمان على الزوجة إذا تلف الصداق كله وحصل الطلاق قبل الدخول ، والقول قولها في التلف مع يمينـــها . إلا إذا تعـدَّت فعليـــها الضمان .

وجه هذا القول : أن الله سبحانه وتعالى إنما أوجب للزوج الرجوع بنصف ما فـــرض لها ، لا بنصف شيء غيره ، وإذا دفع لها ما فرض لها فقد قبضت حقها ، فإن تلف من غـــير تعدٍّ فلا ضمان عليها .

وإذا فحق الزوج في نصف الصداق مُتعلّق بعين ما دفع من الصداق لا بذمَّة الزوجة .

فإن تلف بعض الصداق ، فإن بقي عندها النصف فهو له .

فإن أكلته أو باعته أو وهبته أو لبسته فأفنته أو أعتقته إن كان مملوكا ، فـــلا تكـــون متعدية بذلك كله بل محسنة وقال تعالى : ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾ [٤] فلا ضمـــان

---

(١) وسواء في ذلك عند الحنابلة أن يتلف في يدها بعد الطلاق قبل المطالبة أم بعدها وسواء أكان متميزا أم غـــير متميز وسواء أمنعته من قبضه أم لا هذا هو المذهب . [انظر : المرداوي / **الإنصاف** : ٨/٢٦٨]
واختار ابن قدامة رحمه الله أن نقص الصداق في يدها بعد الطلاق وقبل مطالبة الزوج بتســـليمه لا يوجـــب الضمان عليها ؛ لأنه حصل في يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها فلم تضمنه كالوديعة . أما إذا طالبـــها فمنعته فعليها الضمان لأنها غاصبة . وقال : هذا قياس المذهب . [انظر : **المغني** : ٣٠ ـــ ٣١] .

(٢) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣/٧٣ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٥/ ١٤٣.

(٣) انظر : ابن حزم / **المحلى** : ٩/٨٠ ـــ ٨١ .

(٤) سورة التوبة : آية ٩١ .

عليها ، ولأنها تصرفت بما هو مشروع وحكمت في مالها وحقها ، وإنما الضمان على من أكل بالباطل [1].

ومن خلال ما تقدم يتبين اتفاق الحنفية والشافعية والحنابلة على أن الصداق إذا تلف بيد الزوجة وحصل طلاق قبل الدخول ، فعليها ضمان نصفه للزوج ، وهو ما ذهب إليه المالكية فيما إذا كان الصداق مما يمكن إخفاؤه و لم تقم بينة على هلاكه .

أما الظاهرية فخالفوا جمهور الفقهاء ، فذهبوا إلى أنه لا ضمان على الزوجة إذا تلف الصداق كله وحصل الطلاق قبل الدخول ، والقول قولها في التلف مع يمينها . إلا إذا تعدَّت فعليها الضمان .

الترجيح :

من خلال ما تقدم أجد أن أولى الأقوال في هذه المسألة هو ما ذهب المالكية من التفصيل فيما إذا تلف الصداق وحصل طلاق قبل الدخول ، فإذا قامت البينة على أنه تلف بغير سبب سواء أكان يمكن إخفاؤه أو لا ، أو لم تقم بينة ولكنه مما لا يمكن إخفاؤه ، فضمانه من الزوجين ، فلا رجوع لأحدهما على الآخر ، ويحلف من كان بيده أنه ما فرط .

فإن كان مما يمكن إخفاؤه و لم تقم بينة على هلاكه ، فضمانه كضمان المبيع ، فيضمن من هلك في يده نصف القيمة أو نصف المثل ، سواء أكان الزوج أم الزوجة .

ومما دعاني إلى هذا الترجيح أن هذا القول فيه خروج من كثير من المشاكل التي تحدث عند الطلاق ، فإذا حصل طلاق قبل الدخول وتلف الصداق بيد الزوج أو الزوجة فقيام البينة مع اليمين على أنه تلف بدون تعد أو تفريط ينفي الضمان ؛ لأنه أمانة .

ووجه ضمانه لمن هلك في يده إن مما يمكن إخفاؤه و لم تقم بينة على هلاكه ، تحرزا من أن يكون من كان بيده قد أخفاه نظرا لما يحصل دائما من مشاحنات واختلافات عند حصول الطلاق . — والله أعلم —

* * * * *

---

(1) انظر : ابن حزم / المحلى : ٨١/٩ .

المبحث الثالث : عقود الأمانة ، وأمثلتها .

هذه الطائفة من العقود يتجلّى فيها طابع الحفظ والأمانة ، والربح أحيانا .

وعقود الأمانة هي : العقود التي يكون المال المقبوض فيها أمانة في يد القابض ، لا يضمنه إلا بالتعدي أو التقصير في حفظه [١] .

كالوديعة ، والعارية [٢]، والشركة بأنواعها ، والوكالة ، والوصاية .

فنبحث في هذه العقود ، كل عقد في مطلب ، بالتوالي فيما يأتي :

المطلب الأول ــ ضمان الوديعة :

أصلها الأمانة ، فلا يضمنها الوديع إلا بتعدِّيه أو تفريطه في الحفظ [٣]. ويعتبر عقد الوديعة مستوجبا للائتمان بذاته ، وهو موضوع للأمانة والحفظ بخلاف غيره من عقود الأمانة ، فإنها تشتمل على الأمانة ، وليست موضوعة لها ، وفي الحديث قَالَ رَسُولُ اللَّهِﷺ : ((مَنْ أُودِعَ وَدِيعَةً فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ)) [٤].

وقد تصير مضمونة بعوارض [٥]، منها :

١ــ إذا ضيعها الوديع ولم يحفظها ، أو إذا أتلفها ، كما لو ألقاها في مضيعة أو دلَّ عليها سارقا [٦].

---

(١) انظر : فيض الله / **نظرية الضمان** .

(٢) على خلاف بين الفقهاء في عقد العارية هل هو من عقود الضمان أم من عقود الأمانة ،وسيأتي الحديث على الضمان في عقد العارية وبيان الخلاف في ذلك والراجح من القولين إن شاء الله . انظر ص :

(٣) انظر : المرغيناني / **الهداية شرح بداية المبتدي** : ٤٨٥/٨ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٤٨٥/٨ ؛ **مجلة الأحكام** (م : ٧٧٧) : ٢٣١/٦ ؛ الدردير / **الشرح الكبير** : ٤١٩/٣ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٨١/٣ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٤٦٩/١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٨٠/٧ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٣٥٩) : ٤٢٥ .

(٤) رواه ابن ماجة عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ .
قال في الزوائد : إسناده ضعيف لضعف المثنى والراوي عنه .
ابن ماجة ، **السنن** : ٨٠٢/٢ ، كتاب الصدقات (١٥) ، باب الوديعة (١٦) ، حديث (٢٤٠١) .
البيهقي ، **السنن** : ٢٨٩/٦ ، كتاب الوديعة ، باب لا ضمان على مؤتمن .

(٥) انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٤٦٨ .

(٦) انظر : ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٤٦ ؛ ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٣٦٢/١ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٨٧/٣ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٤٧٠/١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٨١/٧-٢٨٢ .

جاء في مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٣٥٩) : الوديعة أمانة في يد الوديع فلا يضمنها إلا بتعدّيه أو تفريطه ولو شرط ضمانها أُلغي الشرط [١].

٢ـ إذا أودعها عند أجنبي بلا إذن من المودع أو عذر فتلفت ضمن [٢].

٣ـ إذا استعملها في قضاء حاجاته ومنافعه الخاصة ، كان متعديا ضامنا ، كلبس الثوب وركوب السيارة [٣].

٤ـ إذا نقلها من بلد إلى آخر وسافر بها من غير إذن أو عذر ، لا إن نقلها من منزل إلى آخر ، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة [٤] . وعند أبي حنيفة إذا سافر المودع بالوديعة جاز له ذلك ، إذا كان الطريق آمنا ، سواء كان لها حمل ومؤنة أو لم يكن لها . وعند أبي يوسف ومحمد إن لم يكن لها حمل ومؤنة له ذلك ، وإن كان لها حمل ومؤنة لم يجز له السفر بها [٥] .

٥ـ إذا خلطها بما لا تتميز به ، كخلط القمح بالشعير ، لأن خلطها بما لا تتميز به عدوان يوجب الضمان . فإن خلطها بما تتميز به ، كخلط الذهب بالفضة ، فلا شيء فيه [٦].

---

(١) القاري : ٤٢٥ .

(٢) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ٤٨٧/٨ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٠٨/٦ ؛ ابن جزي/ **القوانين الفقهية** : ٢٤٦ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٨١/٣ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٤٦٩/١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٨٢/٧ ـ ٢٨٣ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٣٧٠) : ٤٢٧ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١١/٦ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٤٦ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٤٢٠/٣ ـ ٤٢١ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٨٨/٣ ـ ٨٩ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٣٥٨) : ٤٢٤ .

(٤) انظر : ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٤٦ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٤٢١/٣ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٨٢/٣ ـ ٨٤ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٨٤/٧ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ١٣٥٦) : ٤٢٤ .

(٥) انظر : الدبوسي / **تأسيس النظر** : ٣٥ .

(٦) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ٤٨٨/٨ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١٣/٦ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٤٢٠/٣ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٤٦ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٨٩/٣ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٤٧٠/١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٨١/٧ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٣٦٨) : ٤٢٦ .

٦ــ إذا خالف الوديع في كيفية الحفظ ، فلو نقلها من محلها بلا حاجة مع نهيه عن نقلها ، ضمنها ، إلا لو نقلها خوفا عليها من الهلاك بما يغلب الظن منه هلاكها كغشيان حريق ونحوه ، فلا تدخل في ضمانه (١).

٧ــ إذا مات الوديع مجهلا الوديعة فلم يُبيِّن حالها ولم توجد في تركته ، وتغرمها التركة كسائر الديون (٢).

٨ ــ إذا بطل عقد الإيداع بموت الوديع ، فالوديعة أمانة محضة في يد الورثة يجب عليهم ردها حالا دون طلب ربها ، فلو أخروا الرد بلا عذر وتلفت ضمنوها (٣).

٩ــ إذا جحدها أو منعها عند الطلب بلا عذر ، فهلكت عنده ولو من غير تعد ، تهلك في ضمانه ، لتعدِّيه ، ولأنه بالامتناع في هذه الحالة يعتبر غاصبا ، والغاصب يضمن المغصوب على أي حال هلك (٤).

المطلب الثاني ــ ضمان العارية :

اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزاء العارية بالاستعمال غير مضمون على المستعير(٥)، واختلفوا في ضمان العارية فيما إذا تلفت العين المعارة في يد المستعير على ثلاثة أقوال :

---

(١) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ٤٩١/٨ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٤٦ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٨٣/٣ ، ٨٦ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٤٧٠/١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٨٥/٧ ؛ القاري /**مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٣٤٩) : ٤٢٣ ، (م : ١٣٦١) : ٤٢٥.

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١٣/٦ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٨٩/٧ ــ ٢٩٠ ؛ **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٣٦٢) : ٤٢٥ .

(٣) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٩٠/٧ ؛ القاري /**مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٣٦٦) : ٤٢٦ .

(٤) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ٤٨٧/٨ ، ٤٩٠ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١٠/٦ ، ٢١٣ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٩٠/٣ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٤٧١/١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٨٩/٧ ، ٢٩٠ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٣٦٣ ــ ١٣٦٤) : ٤٢٦ .

(٥) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١٧/٦ ؛ الدسوقي / **حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير** : ٤٣٦/٣ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٤٣٢/٤ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٩٧/٢ ــ ٣٩٨ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٣١٢) : ٤١٢ .

القول الأول : ذهب الحنفية [(١)] إلى أن العارية لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير .

القول الثاني : ذهب المالكية [(٢)] إلى التفصيل بين ما يمكن إخفاؤه كالثياب والحلي ، وما لا يمكن إخفاؤه ، كالحيوان .

أما الأول فيُضمن ولا يُقبل قوله ، وأما الثاني فلا يُضمن ويُقبل قوله . وفي كلا الحالين لا يَضمن ما قامت البينة على هلاكه بسبب ليس من قِبل المستعير .

القول الثالث : ذهب الشافعية في المشهور [(٣)] ، والحنابلة [(٤)]، إلى أن العارية إذا تلفت في يد المستعير ، ضمنها ، سواء تلفت بآفة سماوية أم بفعله ، بتقصير أم بلا تقصير ، وسواء تعدَّى فيها المستعير أم لم يتعدَّ .

سبب الخلاف :

سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة تعارُض الآثار فيها ، ذلك أنه ورد في الحديث الثابت أن قال عليه الصلاة والسلام لصفوان بن أمية ((بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ)) [(٥)]، وروي عنه أنه قال : ((لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرَ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ)) [(٦)] ، فمن أخذ بحديث صفوان بن أمية ألزم المستعير ضمان العين المعارة إذا تلفت ، ومن أخذ بالحديث الثاني ورَجَّحه أسقط الضمان عن المستعير ، ومن جمع بين الآثار فرَّق بين ما يمكن إخفاؤه وما لا يمكن إخفاؤه ،

---

(١) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٦٧٨/٥ ــ ٦٧٩ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١٧/٦ .

(٢) انظر : البغدادي / **المعونة** : ١٢٠٨/٢ ــ ١٢٠٩ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٤٥ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٤٣٦/٣.

(٣) انظر : ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٣٥٨/١ ــ ٣٥٩ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٤٣١/٤ ؛ السيوطي/ **الأشباه والنظائر** : ٤٦٧ .

(٤) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٩٧/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٥٥/٥ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٣٠٦) : ٤١١ .

(٥) تقدم تخريجه ، ص : ١٤٣.

(٦) أخرجه الدارقطني ، والبيهقي ، عن عمرو بن عبد الجبار عن عُبَيْدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . قال الدارقطني : عمرو ، وعُبَيْدة ضعيفان ، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع . وفي التعليق المغني على الدارقطني : والحديث أخرجه البيهقي وضعفه أيضا وصحح وقفه على شريح .
الدارقطني ، **السنن** : ٤١/٣ ، كتاب البيوع ، حديث (١٦٨) .
البيهقي ، **السنن** : ٩١/٦ ، كتاب الغصب ، باب من قال لا يغرم . قال البيهقي : هذا المحفوظ عن شريح القاضي من قوله "
وانظر : الزيلعي / **نصب الراية** : ١١٥/٤ .

فحمل حديث صفوان على ما يغاب عليه ، والحديث الثاني على ما لا يغاب ، إلا أن حديث : ((لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرَ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ))[1] غير مشهور ، وحديث صفوان صحيح .

وأيضا فإن من لم ير الضمان شَبَّهها بالوديعة ، ومن فَرَّق ، قال : الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع ، والعارية لمنفعة القابض [2].

الأدلة :

أولا ـ أدلة القول الأول :

استدلَّ الحنفية على صحَّة مذهبهم من أن العارية لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، بالسُّنة والمعقول :

من السُّنة :

١ـ أنَّ النبي ﷺ قال : ((لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرَ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ)) [3] . وهذا نص في محل النزاع .

٢ـ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَعْلَى [4] عَنْ أَبِيهِ قَالَ : قَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ((إِذَا أَتَتْكَ رُسُلِي فَأَعْطِهِمْ ثَلاَثِينَ دِرْعًا ، وَثَلاَثِينَ بَعِيرًا)) قَالَ فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ أَعَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ أَوْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ ؟ قَالَ : ((بَلْ مُؤَدَّاةٌ)) [5] .

---

(١) تقدم تخريجه ، ص : ٣٣٥ .

(٢) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢٣٥/٢ .

(٣) تقدم تخريجه ، ص : ٣٣٥ .

(٤) **صفوان بن يعلى بن أمية التميمي** : روى عن أبيه ، وعنه ابن أخيه محمد بن يحي بن يعلى وعطاء بن أبي رباح والزهري . ذكره ابن حبان في الثقات . [انظر : ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : ٣٧٩/٤] .

(٥) رواه أبو داود وأحمد .

قال البنا في **بلوغ الأماني** : ١٣٠/١٥: " وسكت عنه أبو داود والمنذري والحافظ في التلخيص ، وقال ابن حزم إنه أحسن ما ورد في هذا الباب "

ونقل الزيلعي في **نصب الراية** : ١١٧/٤ ، عن عبد الحق في " أحكامه " : حديث يعلى بن أمية أصح من حديث صفوان بن أمية ، قال ابن القطان : وذلك لأن حديث صفوان هو من رواية شريك عن عبد العزيز بن رفيع ، ولم يقل : حدثنا ، وهو مدلس ، وأما أمية بن صفوان فخرج له مسلم .

أبو داود ، **السنن** : ٨٢٦/٣ ، كتاب البيوع والإجارات (١٧) ، باب في تضمين العارية (٩٠) ، حديث (٣٥٦٦) .

البنا ، **الفتح الرباني ترتيب مسند الإمام أحمد** : ١٣٠/١٥ ، باب ما جاء في ضمان العارية والوديعة .

وانظر : ابن حجر / **تلخيص الحبير** : ٥٣/٣ .

وجه الدلالة من الحديث :

أن رسول الله ﷺ نفى الضمان عن العارية ، فلم يجز أن يتوجه إليها ، وقوله ﷺ : ((الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ)) يدل على أنها أمانة ، لقوله تعالى :﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا ﴾ (١) .

من المعقول :

أن المستعير لم يوجد منه سبب الضمان ، فلم يجب عليه ، كالوديعة والعارية .

بيانه : أن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله ، وفعل المستعير الظاهر منه هو العقد والقبض ، وكل واحد منهما لا يصلح سببا لوجوب الضمان .

أما العقد ، فلأنه عقد تبرع بالمنفعة ، وأما القبض فلوجهين : الأول : أن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان فبالإذن أولى ، وهذا لأن قبض مال الغير بغير إذنه هو إثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانته عن الهلاك وهذا إحسان في حق المالك ، قال تعالى ﴿ هَلْ جَزَاءُ الإِحْسَانِ إِلاَّ الإِحْسَانُ ﴾ (٢). وقال تعالى : ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾ (٣) فدلَّ على أن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان فبالإذن أولى .

الثاني : أن المستعير قبض العارية بإذن مالكها ، والقبض المأذون فيه لا يكون تعدِّيا ؛ لأنه لا يُفوِّت يد المالك ، ولا ضمان إلا على المُتعدِّي (٤).

ثانيا ـ أدلة القول الثاني :

استدلَّ المالكية على صحة مذهبهم بما يلي :

أولا ـــ استدلُّوا على أن العين المعارة إذا كانت مما يظهر هلاكه ولا يخفى ، فلا تُضْمَنُ إلا بالتعدِّي بالسُّنة والمعقول :

(١) سورة النساء : آية ٥٨ .

(٢) سورة الرحمن : آية ٦٠ .

(٣) سورة التوبة : آية ٩١ .

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١٧/٦ .

من السُّنة :

قوله ﷺ : ((لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرَ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ)) [(١)].

من المعقول :

أن العين المعارة قَبَضَها المستعير لاستيفاء منفعة ، فلم يضمن تلفها ، كالعبد المستأجر والدار [(٢)].

وأيضا أن العين المعارة تلفت من غير تفريط فلم تُضْمَن ، كالأجراء [(٣)].

ثانيا ـــ استدلُّوا على أن العين المعارة إذا كانت مما يغاب عليه ، فتُضْمَنُ ، بالمعقول : فقالوا : أن المستعير قَبَضَ العين المعارة لمنفعة نفسه فلم يكن له حُكْمُ الأمانة على التجريد ، فإذا لم يعلم تلفه إلا بقوله ، لزمه الضمان ، فأمَّا عند وجود البيِّنة ، فلا ضمان عليه ، لانتفاء التهمة [(٤)].

أدلَّة القول الثالث :

استدلَّ الشافعية ، والحنابلة على صحَّة مذهبهم من أن العارية إذا تلفت في يد المستعير ضمنها ، سواء تلفت بآفة سماوية أم بفعله ، بتقصير أم بلا تقصير ، وسواء تعدَّى فيها المستعير أم لم يتعدَّ ، بالسُّنة والمعقول :

من السُّنة :

١ـــ بما رُوِيَ عَنْ أُمَيَّةَ ابْنِ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَعَارَ مِنْهُ يَوْمَ حُنَيْنٍ أَدْرَاعًا فَقَالَ : أَغَصْبًا يَا مُحَمَّدُ ، قَالَ : بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ . قَالَ: فَضَاعَ بَعْضُهَا فَعَرَضَ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُضَمِّنَهَا لَهُ ، قَالَ : أَنَا الْيَوْمَ يَا رَسُولَ اللَّهِ فِي الإِسْلامِ أَرْغَبُ [(٥)] .

---

(١) تقدم تخريجه ، ص : ٣٣٥ .

(٢) انظر : البغدادي / **المعونة** : ١٢٠٩/٢ .

(٣) انظر : المرجع السابق : ١٢٠٩/٢ .

(٤) انظر المرجع السابق : ١٢٠٩/٢ .

(٥) تقدم تخريجه ، ص : ١٤٣ .

وجه الدلالة من الحديث :

قوله ﷺ : ((بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ)) فَوصفَهَا بالضمان بيان لحُكْمِها عند عدم عِلْم صفوان به .

٢ـ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : ((عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ)) [١] .

وجه الدلالة من الحديث :

قال الماوردي [٢] : "فيه دليلان :

---

(١) رواه الترمذي ،وأبو داود ، و ابن ماجة ، وأحمد ، والبيهقي ، والدارمي، والحاكم ، عن سمرة بن جندب .
قَالَ أَبُو عِيسَى هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَقَدْ ذَهَبَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ إِلَى هَذَا وَقَالُوا يَضْمَنُ صَاحِبُ الْعَارِيَةِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ و قَالَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ لَيْسَ عَلَى صَاحِبِ الْعَارِيَةِ ضَمَانٌ إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ وَأَهْلِ الْكُوفَةِ وَبِهِ يَقُولُ إِسْحَقُ
الترمذي ، **السنن** : ٥٦٦/٣ ، كتاب البيوع (١٢) ، باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٣٩) ، حديث (١٢٦٦) .
أبو داود ، **السنن** : ٨٢٢/٣ ، كتاب البيوع والإجارات (١٧) ، باب في تضمين العارية (٩٠)، حديث (٣٥٦١) .
ابن ماجة ، **السنن** : ٨٠٢/٢ ، كتاب الصدقات (١٥) ، باب العارية (٥) ، حديث (٢٤٠٠) .
أحمد ، **المسند** : ٢٤٨/٧ ، مسند البصريين ، حديث سمرة بن جندب عن النبي صلى الله عليه وسلم (٦٢٤) ، حديث (٢٠١٠٧) .
الحاكم ، **المستدرك** : ٤٧/٢ ، كتاب البيوع . قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري و لم يخرجاه.
البيهقي ، **السنن** : ٩٥/٦ ، كتاب الغصب ، باب رد المغصوب إذا كان باقيا .
الدارمي ، **السنن** : ٣٤٢/٢ ، كتاب البيوع (١٨) ، باب في العارية مؤدّاة (٥٦) ، حديث (٢٥٩٦) .
قال البنا في بلوغ **الأماني** : ١٢٩/١٥ : " وصحَّحه الحاكم وأقرَّه الذهبي وسماع الحسن من سمرة فيه خلاف مشهور " .
وانظر : الذهبي / **التلخيص على المستدرك** : ٤٧/٢ ؛ ابن حجر / **تلخيص الحبير** : ٥٣/٣ .

(٢) **علي بن محمد بن حبيب الماوردي (٣٦٤ - ٤٥٠ هـ)** : أبو الحسن ، من كبار فقهاء الشافعية ، ولد بالبصرة وانتقل إلى بغداد . وهو أول من لقب بأقضى القضاة في عهد القائم بأمر الله العباسي ، وكانت له المكانة الرفيعة عند الخلفاء وملوك بغداد . اتهم بالميل إلى الاعتزال .
من تصانيفه : (تفسير القران الكريم) ، و(الحاوي) في الفقه عشرين مجلداً ، و(الأحكام السلطانية)، و(أدب الدين والدنيا) .
[انظر : ابن العماد / **شذرات الذهب** : (٢٨٥/٣-٢٨٧) ؛ ابن السبكي / **طبقات الشافعية الكبرى** : (٢٦٧/٥ - ٢٨٥) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٣٢٧/٤)] .

أحدهما : أنه جعل عليها ما أخذت ، وهذا تضمين .

والثاني : أنه واجب الأداء ، وذلك بعموم الحالين من قيمة وعين "[١] .

من المعقول :

قالوا : أن المستعير أخذ مُلْكَ غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في الإتلاف فكان مضمونا ، كالغاصب والمأخوذ على وجه السوم[٢].

المناقشة :

أولا ـ مناقشة أدلّة الحنفية :

أما استدلالهم بقوله ﷺ : ((لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرَ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ))[٣]، فأُجيب عنه بأنه ضعيف ، فإن صحَّ حُمِلَ على ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال جمعا بين الأخبار[٤].

وأما الأداء في قوله ﷺ ((الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ))[٥] فمحمول على الرد .

ثانيا ـ مناقشة أدلّة الشافعية والحنابلة :

أما حديث صفوان ، فإن قيل هو محمول على ضمان الرد كالودائع التي هي مضمونة الرد وليست مضمونة العين .

فيُجابُ عنه بأن إطلاق القول يتناول ضمان الأعيان ، ولذلك امتنع أن يُطْلَقَ على الأمانات المؤداة حكم الضمان .

أما قولهم : أن المستعير أخذ مُلْكَ غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في الإتلاف فكان مضمونا ، كالغاصب والمقبوض على وجه السوم . فيُجابُ عنه بأن المستعير أخذ العارية بإذْنِ مالكها ، فلا يُقال أنه أخذ ملك غيره من غير استحقاق ، وقياسهم على المغصوب والمقبوض على وجه السوم قياس مع الفارق ؛ لأن قبض العارية بخلاف قبض الغصب والمقبوض على وجه السوم .

---

(١) **الحاوي** : ٣٩٥/٨ .

(٢) ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** (بتصرف) : ٣٥٥/٥ ـــ ٣٥٦ .

(٣) تقدم تخريجه ، ص : ٣٣٥ .

(٤) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٩٧/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٥٦/٥.

(٥) تقدم تخريجه ، ص : ٣٣٦ .

الترجيح :

الراجح في نظري من هذه الأقوال ــ والله أعلم ــ هو قول المالكية ، الذي يرى أن العين المعارة إذا كانت مما لا يظهر هلاكه ، فإنها تُضْمَنُ ولا يقبل قوله ، وأما إن كانت مما يظهر هلاكه ، فلا تُضْمَنُ إلا بالتعدِّي . وفي كلا الحالين لا يُضمن ما قامت البينة على هلاكه بسبب ليس من قبل المستعير . وهو أولى الأقوال جمعا بين الأدلة .

المطلب الثالث ــ الضمان في الشركة :

الشركة قسمان [1] :

أحدهما : شركة أملاك ، فهذه يُعتبرُ فيها كل شريك أجنبياً في حق صاحبه ، فلا يجوز له التصرُّف فيه بغير إذنه ، فإن تصرَّف فيه بغير إذنه ضمنه [2].

جاء في مجلة الأحكام (م : ١٠٧٥) : كل واحد من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة الآخر ولا يُعتبرُ أحد وكيلا عن الآخر فلذلك لا يجوز تصرُّف أحدهما في حصة الآخر بدون إذنه [3].

الثاني : شركة عقد ، وهي مبنيَّة على الوكالة والأمانة ، ولا خلاف بين الفقهاء في أن يد أحد الشركاء في مال الشركة يد أمانة [4] ؛ لأنه قبضه بإذن صاحبه ، لا على وجه المبادلة

---

(١) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ١٥٣/٦ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ١٥٣/٦ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٥٣/٦ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٢٩٩/٤ ، ٣٠٥ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥٦/٦ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٤٩٦/٣ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣١٩/٢ ؛ **المغني على مختصر الخرقي** : ١٠٩/٥ .

(٢) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ١٥٣/٦ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٥٤/٦ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه**: ٣٠٠/٤ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٦٥/٦ ؛ التسولي / **البهجة شرح التحفة** : ٢٠٩/٢ ، ٢١٠ ، ٢١٦ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٧٩٦) : ٥٤١ .

(٣) وانظر : حيدر / درر **الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٢٤/١١ ــ ٢٨ .

(٤) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ١٥٥/٦ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٥٥/٦ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه**: ٣٠٥/٤ ؛ **مجلة الأحكام** (م : ١٣٣٣) : ٣٦٦/١٠ ، (م : ١٣٥٠) : ٣٨٤/١٠ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢/ ١٩٣ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٢٨٢/٤ ــ ٢٨٣ ، ٢٨٦ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٢١/٢ .

جاء في **المغني** : ١٢٩/٥ : " وشركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة ؛ لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه أمنه وبإذنه له في التصرف وكله " .

كالمقبوض على سوم الشراء ، ولا على وجه الوثيقة كالرهن [١].

وعلى هذا فلا ضمان عليه لو هلك شيء من أموال الشركة في يده من غير تعدٍّ أو تفريط ، لأنه أمين .

فإن قَصرَّ في شيء أو تعدَّى فهو ضامن ، وكذلك كل ما كان إتلافا للمال ، أو تمليكا للمال بغير عوض كالقرض والهبة والعتق ، فليس للشريك إجراء شيء من التبرعات من مال الشركة إلا بإذن بقية الشركاء ؛ لأن الشركة إنما وضعت للاسترباح وتوابعه ، وما ليس كذلك لا ينتظمه عقدها فيكون مضمونا [٢] .

وإن مات من غير أن يبين نصيب صاحبه ، وكان مال الشركة ديونا على الناس ، ضمنه ، كما لو مات من غير أن يبين عين مال الشركة الذي بيده فإنه يضمنه ، وكذا بقية الأمانات ، إلا إذا كان يعلم أن وارثه يعلم ذلك ، فلا يضمن . هذا ما نص عليه الحنفية [٣].

المطلب الرابع ـ الضمان في عقد المضاربة (القراض) :

مال المضاربة أمانة في يد المُضارِب ، والمُضارِب أمين فيه ؛ لقبْضِه بإذنه ، فإن تلف في يده من غير تَعدٍّ أو تفريط لا يضمنه ، لأنه نائب عن رب المال في التصرف فيه ، وإن استهلكه أو أتلفه ضمنه ، كالوديع إذا تعدَّى أو فرَّط أو أتلف ضمن [٤].

ومما يعتبر تَعدِّيا : مخالفة المضارب ما قَيَّده به رب المال من الاتجار في بلد معيَّنة ، أو سلعة معيَّنة ، أو وقت معيَّن ، أو مع شخص عينه له ؛ لأن المضاربة تقبل التقييد المفيد ، ولو

---

(١) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ١٨٥/٦ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ١٨٥/٦؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٨٥/٦ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٢٩٨/٤ .

(٢) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ١٨٥/٦ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٨٥/٦ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه**: ٣١٨/٤ ــ ٣٢٠ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٩٢/٢ ــ ١٩٣ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٢٣/٢ ، ٣٢٦ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٤٢٥/٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٣٠/٥ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٨٢٦) : ٥٤٩ ، (م : ١٨٣٠ ، ١٨٣٥) : ٥٥٠ ، (م : ١٨٤١) : ٥٥٢ .

(٣) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٨٥/٦ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه**: ٣٢٠/٤ .

(٤) انظر : المرغيناني / **الهداية شرح بداية المبتدي** : ٤٤٦/٨ ؛ البغدادي / **المعونة** : ١١٢٢/٢ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٨٦ ؛ الدردير / **الشرح الكبير**: ٥١٩/٣-٥٢٠ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣١٥/٢ ، ٣٢٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٢٧/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٦٢/٥ ، ١٦٥ ، ١٨٩ ، ١٩٢ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ١٨٤٨) : ٥٥٣ .

كان التقييد بعد العقد ما لم يصرْ المال عروضا . فإن خالف في مثل هذه الأحـــوال ضمـــن بمخالفته ، ووقع الشراء له [١] .

وإذا هلك مال المضاربة قبل التصرف فيه ، بطلت المضاربة ، لأنه المعقود عليه فيـــها ، وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد ، وإن تلف بعضه انفسخت فيه فقط وبقيت في الباقي [٢].

المطلب الخامس ــ الضمان في عقد الهبة :

الهبة من عقود التبرعات ، وقد نص الحنفية على أن قبض الهبة هو قبض أمانة ، فــإذا هلكت أو استُهلِكت لم تُضْمَنْ ؛ لأنه لا سبيل إلى الرجوع في الهالك ولا سبيل إلى الرجـوع في قيمته ، لأنها ليست بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها [٣] .

وتُضْمَنُ عند الحنفية في حالتين :

الأولى : إذا طلب الواهب رَدَّها ، وحكم القاضي بوجوب الرد ، وامتنع الموهوب لــه من الرد ، ثم هلكت بعد ذلك ، فإنه يضمنها حينئذ ؛ لأن قبض الهبة قبض أمانة ، والأمانــة تُضْمَنُ بالمنع والجحد بالطلب ، ولوجود التعديَ منه [٤].

الثانية : إذا وهبه مُشَاعا قابلا للقسمة فإنها هبة فاسدة عند الحنفية ، لأن القبض شــرط في الهبة ، ولابد فيها من كمال القبض والتسليم وتمامه وكماله بتميُّز المقبوض عـــن غـيره والشائع لا يمكن فيه هذا إلاَّ ضمنيا تبعا لتسليم جميع المال الذي هو جزء شائع فيه . وعلــى هذا فلا ينفذ تصرُّف الموهوب له فيها ، وتكون مضمونة عليه ، وينفذ تصـــرُّف الواهــب فيها [٥].

---

(١) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ٤٤٦/٨ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٥٢٤/٣ ، ٥٢٦ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٨٦ ؛ ابن المنذر / **الإجماع** : ٥٨ ؛ لمنهاجي / **جواهر العقـــود** : ٢٤٢/١ ، ٢٤٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٤٩/٥ ــ ١٥٠ ، ١٦٥ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٨٣٣) : ٥٥٠ .

(٢) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٥٢٩/٣ ؛ الشربيني / **مغني المحتـاج** : ٣١٩/٢ ؛ **المغني على مختصر الخرقي** : ١٨٣/٥ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٤٤٤/٥ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٨٦٢ و ١٨٦٣) : ٥٥٦ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٢٨/٦ ــ ١٢٩ ؛ الزيلعي / **تبيين الحقائق** : ١٠١/٥ .

(٤) انظر : الزيلعي / **تبيين الحقائق** : ١٠١/٥ .

(٥) انظر : الزيلعي / **تبيين الحقائق** : ٩٣/٥ ــ ٩٤ ؛ الحصكفي / **الدر المختار** : ٦٨٨/٥ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٣٨٨/٧ .

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، إلى أنها هبة صحيحة ، لأنها عقد تمليك والمحل قابل لها ، فأشبهت البيع (١).

المطلب السادس ـ الضمان في عقد الوصية :

الوصي نائب عن المُوصي وتصرفاته نافذة ، ويده على مال المُتوفَّى يد أمانة ، فلا يضمن ما تلف من المال بدون تعدٍّ أو تقصير (٢)، إلا أن هناك بعض الأحوال تستوجب ضمانه ، منها : لو باع أو اشترى بغبنٍ فاحش ، ضَمِنَ ، لأن ولايته للنظر ، ولا نظر في الغبن الفاحش (٣).

ومنها : لو دفع المال إلى اليتيم قبل ظهور رشده بعد الإدراك ، ضمن عند أبي يوسف ومحمد ؛ لأنه دَفَعَهُ إلى من ليس له أن يدفع إليه . وقال أبو حنيفة : إذا دفعه إليه بعد خمس وعشرين سنة لا يضمن ، لأن له حينئذ ولاية الدفع (٤).

ومنها : إذا اتجر الوصي في مال اليتيم لنفسه ، فإنه يضمن رأس المال . أما الربح ، فقال أبو حنيفة ومحمد : يتصدق بالربح ، وعند أبي يوسف يُسلَّم له الربح ولا يتصدق بشيء (٥).

والخلاصة أن القاعدة العامة في عقود الوصي وتصرفاته : أن الوصي مُقيَّد في تصرفاته بالنظر والمصلحة لمن في وصايته ، لذا فليس له سلطة مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا كالهبة ، والصدقة ، والبيع والشراء بغبن فاحش .

---

(١) انظر : ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٤١ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٧٦/٥ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٤٠٥/٤ .

(٢) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٧٠٧/٦ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٧٤/٣ ـ ٧٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٦٠٩/٦ .

(٣) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٧٠٩/٦ ؛ الزيلعي / **تبيين الحقائق** : ٢١١/٦ . والغبن الفاحش هو : الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين . [الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٧٠٩/٦] .

(٤) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٧١٠/٦ .

(٥) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٧١١/٦ ـ ٧١٢ ؛ شلبي / **حاشية الشلبي على تبيين الحقائق** : ٢١٢/٦

ويصح منه سلطة مُباشَرَة التصرفات النافعة نفعا محضا ، كقبول الهبة والصدقة والوصية والوقف ، وكذا التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة والقسمة والشركة ، إلا إذا ترتب عليها ضرر ظاهر ، فلا تصح [1].

* * * * *

(١) هذا مجمل القول في عقود الوصي وتصرفاته ، أما تفصيل القول فيها فليُراجع في كتب الفروع .
انظر : الزيلعي / **تبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه** : ٢١١/٦ ـــ ٢١٣ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٧٠٧/٦ ـــ ٧١٥ ، ٧٢٥ ـــ ٧٢٦ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٤٥٣/٤ ـــ ٤٥٥ ؛ المحلي / **شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي عليه** : ٣٠٤/٢ ـــ ٣٠٦ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٤٥١/١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣١٧/٤ ٣٢٠ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٥٦٣/٤ ـــ ٥٧٠ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٣٩٨/٤ .

المبحث الرابع ــ عقود مزدوجة الأثر ، وأمثلتها .

هذه الطائفة من العقود تنشئ الضمان من وجه ، والأمانة من وجه آخر، ولهذا تسمى عقود مزدوجة الأثر ، كعقد الإجارة ، والرهن ، والصلح عن مال بمنفعة .

المطلب الأول ــ بيان وجه الضمان ووجه الأمانة في عقد إجارة منافع الأعيان :

إن العين المؤجرة ، أمانة في يد المستأجر ، فلا يضمنها إلا عندما يتعدَّى عليها أو يقصر في حفظها ، وهذا هو جانب الأمانة في عقد الإجارة .

أما جانب الضمان فهو منافع العين المؤجرة ، إذ تعتبر مضمونة على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها ، سواء أستوفى المنفعة أم ترك استيفائها حتى مضت مدة الإجارة وتلزمه الأجرة باتفاق الفقهاء [(١)].

جاء في إيضاح المسالك : " التزام ما يخالف سنَّة العقود شرعا من ضمان وعدمه ساقط على المشهور ، وكالوديعة على الضمان ، والاكتراء كذلك " [(٢)].

وقال ابن رجب : " الأعيان المستأجرة والموصى بمنفعته أمانة كالرهن ؛ لأنه مقبوض على وجه الاستحقاق " [(٣)].

المطلب الثاني ــ الضمان في عقد الرهن أو ضمان الرهن :

اختلف الفقهاء في ضمان الرهن إذا هلكت العين المرهونة عند المرتهن ، بعد قبضها ، وتحقق شروط الرهن على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية [(٤)] إلى أن الرهن إذا قُبِض كانت ماليته مضمونة فيما يقابل الدين من مالية المرهون ، أما عينه فأمانة .

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١٠/٤ ــ ٢١١ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م :٤٧٠) وشرحها **درر الحكام** : ٤٥٣/٢ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٨٣ ، ٢٢٠ ؛ القرافي / **الفروق** (ف : ١١١) : ٢٠٧/٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣٤٦/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٤١/٤ .

(٢) الونشريسي : ٣٠٠ .

(٣) **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٣) : ٥٩ .

(٤) انظر : الزيلعي / **تبيين الحقائق** : ٦٣/٦ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٥٤/٦ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٦/ ٤٧٩ ــ ٤٨٠ ؛ قاضي زاده / **تكملة فتح القدير** : ١٩٨/٨ .

القول الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية الشافعية والحنابلة [١] إلى أن الرهن أمانة في يد المُرتَهِن لا يلزمه ضمانه إلا إذا تعدَّى فيه أو امتنع عن ردّه بعد طلبه منه أو بعد البراءة من الدين . فإن هلك الرهن في يد المُرتَهِن من غير تعدٍّ ، فلا يسقط شيء من الدين بهلاكه .

إلا أن المالكية ضمنوا المرتهن الرهن عند وجود التهمة ، فيضمنه المرتهن إن كان بيده لا بيد أمين وكان مما يغاب عليه ــ أي يمكن إخفاؤه ــ كالحلي والثياب والكتب والسلاح ونحوه ، ولم تقم بينة ، أو شاهد مع يمين على احتراقه أو سرقته أو تلفه .

فإن كان المرهون مما لا يغاب عليه كالعقار والحيوان ، أو كان بيد أمين ، أو قامت بينة على تلفه بلا تعدٍّ أو تقصير من المرتهن ، فلا يضمنه المرتهن عند هلاكه ؛ لأن الضمان للتهمة وهي تنتفي بإقامة البينة [٢].

الأدلّة :

أولا ـ أدلّة الحنفية :

استدلّ الحنفية على صحَّة مذهبهم من أن الرهن إذا قُبِض كانت ماليته مضمونة فيما يقابل الدين من مالية المرهون ، أما عينه فأمانة ، بالسُّنة والمعقول :

من السُّنة :

١ــ ما رواه أبو داود أن رجلا رهن عند رجل فرسا فنفق الفرس في يد المرتهن ، فاختلفا ، فتدافعا إلى رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ للمرتهن ((ذهب حقك)) [٣] .

---

(١) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٢٥٣/٣ ــ ٢٥٥ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢١٣ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ٨٤/٢ ــ ٨٥ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٣٧٣/٧ ؛ ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٣٠٦/١ ؛ قليوبي /**حاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج** : ٢٧٥/٢ ــ ٢٧٦ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٤٥٨ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٩٦/٤ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٣٤١/٣ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢٣٦/٢ ــ ٢٣٧ .

(٢) مالك / **الموطأ** : ٥٦١/٢ .

(٣) أخرجه أبو داود في المراسيل من طريق محمد بن العلاء عن ابن المبارك عن مصعب بن ثابت عن عطاء ، وفي إسناده مصعب ضعيف . وأخرجه البيهقي ، و ابن أبي شيبة .

قال البيهقي : وقد كفانا الشافعي في بيان وهن هذا الحديث . ونقل الزيلعي عن عبد الحق الأشبيلي أنه قال : هو مرسل وضعيف .

أبو داود ، **المراسيل** : ١٧٢ ، ما جاء في الرهن (٣٢) ، حديث (١٨٨) . =

وجه الدلالة من الحديث :

أن النبي ﷺ لما أخبر المرتهن بذهاب حقه ، لم يَخْلُ من ثلاثة أحوال : الأول : أن يكون أخبر بذهاب وثيقته ، ولا يصح ؛ لأن هذا يعلم ضرورة ، ولم يكن اختلافهما فيه .

الثاني : أن يكون أخبر بذهاب المطالبة ببدله ، ولا يصح ، لأن المطالبة ببدله لم تكن واجبة قبل تلفه ، فيذهب بتلفه .

الثالث : أن يكون أخبر بذهاب دينه ، وهو الصحيح [(١)].

٢ــ قوله ﷺ ((الرهن بما فيه)) [(٢)] .

وجه الدلالة من الحديث :

دلَّ الحديث على أن الرهن مضمون بالدين الذي وضع في مقابله ، وهذا نص في محل النزاع لا يحتمل التأويل ، فلما كان الرهن بما فيه من الحق وجب أن يكون تلفه مسقطا للحق [(٣)].

من المعقول :

قالوا : إن المرتهن جُعِلَ مستوفيا للرهن عند هلاك الرهن ، فلا يملك الاستيفاء ثانية ، قياسا على استيفائه بالفكاك [(٤)].

= البيهقي ، **السنن** : ٤١/٦ ، كتاب الرهن ، باب من قال الرهن مضمون .

ابن أبي شيبة ، **المصنف** : ١٨٣/٧ ، كتاب البيوع والأقضية ، في الرجل يرهن الرجل فيهلك (٤١٧) ، حديث (٢٨٢٧) .

وانظر : الشافعي / **الأم** : ١٩٢/٣ ؛ **نصب الراية** : ٣٢١/٤ .

(١) انظر : **الحاوي** : ٧/ ٣٧٤ ــ ٣٧٥ .

(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل من حديث مهران عن زمعة بن صالح عن ابن طاوس عن أبيه ، ومهران وزمعة ضعيفان . وأخرجه أبو داود من حديث الوليد عن أبي عمرو عن عطاء مرسلا . وأخرجه البيهقي ، وقال : زمعة غير قوي . وأخرجه ابن أبي شيبة .

أبو داود ، **المراسيل** : ١٧٣ ، ما جاء في الرهن (٣٢) ، حديث (١٨٩) و (١٩٠) .

ونقل الزيلعي في **نصب الراية** : ٣٢٢/٤ ، عن ابن القطان أنه قال : مرسل صحيح .

البيهقي ، **السنن** : ٤١/٦ ، كتاب الرهن ، باب من قال الرهن مضمون .

ابن أبي شيبة ، **المصنف** : ١٨٤/٧ ، كتاب البيوع والأقضية ، في الرجل يرهن الرجل فيهلك (٤١٧) ، حديث (٢٨٣٠) .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٥٤/٦ .

(٤) المرجع السابق .

ثانيا ـ أدلة جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة :

استدلَّ جمهور الفقهاء على صحَّة مذهبهم من أن الرهن أمانة في يد المُرتهِن لا يلزمه ضمانه إلا إذا تعدَّى فيه أو امتنع عن ردِّه بعد طلبه منه أو بعد البراءة من الدين . بالسُّنة والمعقول :

من السُّنة :

قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : ((لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ الَّذِي رَهَنَ ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ)) [(١)].

وجه الدلالة من الحديث :

الاستدلال بهذا الحديث من ثلاثة أوجه :

أحدها : قوله ﷺ : ((لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ)) ، وله تأويلان :

أ ـ أن المرتهن لا يملك الرهن عند تأخر الحق .

ب ـ أن لا يكون غلقا فيتلف الحق بتلفه ، فوجب حمله عليهما جميعا [(٢)].

---

(١) حديث أبي هريرة أخرجه البيهقي ، والدارقطني ، والحاكم ، من طريق سفيان بن عيينة ، عن زياد عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، عن أبي هريرة مرفوعا ، وقال الحاكم : صحيح الإسناد .
وأخرجه البيهقي والدارقطني والحاكم من طريق إسماعيل بن عياش عن ابن أبي ذئب ، عن الزهري به مرفوعا .
البيهقي ، **السنن الكبرى** : ٣٩/٦ ، كتاب الرهن ، باب الرهن غير مضمون .
الدارقطني ، **السنن** : ٣٢/٣ ، كتاب البيوع ، حديث (١٢٦) . وقال عنه : هذا إسناد حسن متصل .
الحاكم ، **المستدرك** : ٥١/٢ ، كتاب البيوع ، باب لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه . قال الذهبي : على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه . [**التلخيص على المستدرك** : ٥١/٢] .
ابن ماجة ، **السنن** : ٨١٦/٢ ، كتاب الرهن (١٦) ، باب لا يغلق الرهن (٣) ، حديث (٢٤٤١) .
أما المرسل فأخرجه الشافعي في الأم ، ومالك في الموطأ ، وأبو داود في المراسيل .
الشافعي / **لأم** : ١٧٠/٣ .
مالك ، **الموطأ** : ٥٦٠/٢ ، كتاب الأقضية (٣٦) ، باب ما لا يجوز من غلق الرهن (١٠) ، حديث (١٣) .
أبو داود ، **المراسيل** : ١٧٠ ـ ١٧٢ ، ما جاء في الرهن (٣٢) ، حديث (١٨٦ ، ١٨٧) .
البيهقي ، **السنن الكبرى** : ٣٩/٦ ـ ٤٠ ، كتاب الرهن ، باب الرهن غير مضمون .
الدارقطني ، **السنن** : ٣٣/٣ ، كتاب البيوع ، حديث (١٢٧) .

(٢) هذا التأويل نقله الماوردي في **الحاوي** : ٣٧٦/٧ ، عن أبي عبيد . ثم قال : " وفي هذا نظر ؛ لأن اللفظ المبهم إذا لم يعلم مراده بمجرَّده لم يجز ادعاء العموم في موجبه حتى يكون مستقلا بنفسه يتناول شيئين فصاعدا ، فحينئذ يجوز ادعاء العموم فيه " .

ثانيهما : من الخبر قوله : ((الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ الَّذِي رَهَنَ)) ، يعني من ضمان راهنه ، ولا يصح حمله على أنه من ملك صاحبه ، لأن حرف التمليك هو اللام ، فلو أراد الملك لقال : الرهن لراهنه . ولفظة (من) مستعملة في الضمان ، لأنه يقال هذا من ضمان فلان ، فلما قال : ((مِنْ رَاهِنِهِ الَّذِي)) علم أنه أراد من ضمان صاحبه .

ثالثهما : من الخبر قوله ﷺ : ((لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ)) فقد جعل النبي ﷺ غرم الرهن ومنه هلاكه على الراهن ، وإنما يكون غرمه عليه إذا هلك أمانة ؛ لأن عليه قضاء دين المرتهن . أما إذا هلك مضمونا فإن غرمه على المرتهن حيث سقط حقه لا على الراهن .

قال الشافعي : غنمه زيادة نماؤه ، وغرمه : عطبه ونقصه [1].

من المعقول :

١ـ إن الأصول موضوعة على أن كل شيء كان بعضه غير مضمون ،كان جميعه غير مضمون ، كالودائع والشيء المستأجر . وكل شيء كان بعضه مضموناً ، كان جميعه مضموناً ، كالبيوع والغصوب . فلما كان بعض الرهن غير مضمون وهو ما زاد على قدر الحق ، وجب أن يكون جميعه غير مضمون بالحق [2].

٢ـ " ولأن الرهن وثيقة لمن له الحق ، فلو كان مضمونا بالحق لكان وثيقة على من له الحق ، وفي ذلك إبطال لمعنى الرهن " [3]

المناقشة :

أولا ـ مناقشة جمهور الفقهاء لأدلَّة الحنفية :

ناقش جمهور الفقهاء ما استدلَّ به الحنفية فقالوا :

فأما الجواب عن قول النبي ﷺ لمرتهن الفرس : ((ذَهَبَ حَقُّكَ)) [4] فمن وجوه :

الأول : أنه رواية مصعب عن ثابت وهو ضعيف ، ثم هو مرسل ، لأنه عن عطاء ، والمراسيل عندنا لا يجب العمل بها .

الثاني : أنه قضية في عين يجوز أن تكون على وجه التعدي ، فلزم فيه الضمان .

---

(١) انظر : الماوردي / الحاوي : ٣٧٦/٧ .

(٢) المرجع السابق (بتصرف) : ٣٧٧/٧ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) تقدم تخريجه ، ص : ٣٤٧.

الثالث : لو خلا الحديث عن الأمور المانعة من وجوب العمل به ، وجاء مجيئا يلزم الأخذ به ، لكان عن قوله : ((ذَهَبَ حَقُّكَ)) جوابان :

أحدهما : المراد به : حق الوثيقة . وليس سقوط حقه من الوثيقة مُسْقِطا لحقه من الدين .

والجواب الثاني : أن قوله : ((ذَهَبَ حَقُّكَ)) ، محمول على ذهاب حقه من فسخ البيع . لأنه لو تلف قبل القبض ، لكان يستحق فسخ البيع ، فإذا تلف بعد القبض كان في الجائز أن يستحق فسخ البيع ، فأذهب النبي ﷺ حقه في الفسخ بعد القبض (١).

وأما الجواب عما رُوِي من قوله ﷺ ((الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ)) (٢) إن صحَّ ، فهو محمول على أنه وثيقة بما فيه ، فلا يجوز حمله إلى أنه مضمون بما فيه لأمرين :

أحدهما : إنه زيادة لضمان لا يقتضيه اللفظ .

الثاني : أنه جعل الرهن بما فيه مع بقائه ، والرهن مع بقائه غير مضمون على مرتهنه ، وإنما هو وثيقة بما فيه ، فبطل تعلقهم بهذا الخبر (٣).

ثانيا ـ مناقشة الحنفية لأدلّة جمهور الفقهاء :

ناقش الحنفية ما استدل به جمهور الفقهاء فقالوا :

أما استدلالهم بقوله ﷺ : ((لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ)) (٤) ، فيحتمل أن يكون معناه : أي لا يهلك ، إذ الغلق يستعمل في الهلاك في بعض معانيه عند أهل اللغة ، وعلى هذا فإن الحديث حُجَّة عليهم لا لهم ، لأنه يذهب بالدين فلا يكون هالكا معنى .

وقيل معناه : أي لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين ، وهذا كان حكما جاهليا جاء الإسلام فأبطله (٥).

---

(١) انظر : **الحاوي** : ٣٧٨/٧ .

(٢) تقدم تخريجه ، ص : ٣٤٨.

(٣) انظر : المرجع السابق .

(٤) تقدم تخريجه ، ص : ٣٤٩.
قَالَ مَالِك وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ فِيمَا نُرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ الرَّهْنَ عِنْدَ الرَّجُلِ بِالشَّيْءِ وَفِي الرَّهْنِ فَضْلٌ عَمَّا رُهِنَ بِهِ فَيَقُولُ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ إِنْ جِئْتُكَ بِحَقِّكَ إِلَى أَجَلٍ يُسَمِّيهِ لَهُ وَإِلاَّ فَالرَّهْنُ لَكَ بِمَا رُهِنَ فِيهِ قَالَ فَهَذَا لاَ يَصْلُحُ وَلاَ يَحِلُّ وَهَذَا الَّذِي نُهِيَ عَنْهُ وَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ بِالَّذِي رَهَنَ بِهِ بَعْدَ الأَجَلِ فَهُوَ لَهُ وَأُرَى هَذَا الشَّرْطَ مُنْفَسِخًا . [**الموطأ** : ٥٦٠/٢] .

(٥) الكاساني / **بدائع الصنائع** (بتصرف) : ١٥٥/٦ .

الترجيح :

من خلال العرض السابق لأقوال الفقهاء وأدلتهم يظهر لي — والله أعلم — أنَّ ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الرهن أمانة في يد المرتهن لا يلزمه ضمانه إلا إذا تعدى فيه أو امتنع من رده بعد طلبه منه أو بعد البراءة من الدين . فإن هلك الرهن في يد المرتهن من غير تعدٍّ ، فلا يسقط شيء من الدين بهلاكه .

ومما دعاني إلى هذا الترجيح أنه لو ضُمِن المرتهن ، لامتنع الناس منه خوف ضمانه فتتعطل المداينات، وفيه ضرر عظيم . وأيضا لضعف ما استدَّل به الحنفية من أدلَّة وسقوطها بما تقدم ذكره في المناقشة .

المطلب الثالث — بيان وجه الضمان ووجه الأمانة في عقد الصلح عن مال بمنفعة :

إذا وقع الصلح عن مال بمنفعة ، كسُكْنى دار ، وركوب سيارة ، مدة معلومة أُعتُبر هذا الصلح بمثابة عقد إجارة ، فتثبت له شروطها وأحكامها .

لذا فإن العين المُتصَالَح على منفعتها أمانة في يد المصالح كالمأجور في يد المستأجر ، أما المنفعة ذاتها فإنها مضمونة على المصالح بمجرد تسلم العين فإذا مضت مدة الصلح المتفق عليها أُعتُبِر المصالح مستوفيا لبدل الصلح حكما ، سواء أستوفى المنفعة أم لا ، كما تقرر في العين المستأجرة في يد المستأجر [1].

* * * * *

(١) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ٤٠٩/٨ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٤٠٩/٨ — ٤١٠؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٤٧/٦ ؛ **مجلة الأحكام** : (م : ١٥٤٩) ، وشرحها **درر الحكام** : ٣٣/١٢ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣١٠/٣ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٣٣٣/١ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢٦٢/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٧/٥ — ١٨ .

المبحث الخامس ـ في ذكر القاعدة العامة عند الفقهاء المُتعلِّقة بِالضَّمَانِ في العقود وأهم الضوابط :

بعد بيان أقسام العقود بالنظر إلى الضمان وعدمه أجد أنه من المناسب في هذا المقـام ذكر القاعدة العامة عند الفقهاء المُتعلِّقة بِالضَّمَانِ في العقود وأهم الضوابط من خلال مطالب هذا المبحث :

المطلب الأول ـ القاعدة العامة عند الفقهاء في ضمان الأعيان والأمـوال بالعقد :

الأصل العام عند الفقهاء في ضمان الأعيان والأموال بالعقد هو ما يلي :

يختلف وجوب الضمان في الأموال والأعيان باختلاف وجوه القبض : فالقابض لمـال غيره إن قبضه لمنفعة نفسه ، فالضمان عليه ، وإن قبضه لمنفعة الدافع فلا ضمان عليـه ، وإن كان لمنفعتهما ، ينظر من منهما أقوى منفعة فيضمن . هذا هو الأصل وقد يُختلف في فروع منه [1].

والأصل في ذلك عند الحنفية :

أن القابض لمال غيره إن قبضه بغير إذن المالك كالمغصوب ، أو على سـبيل المبادلـة (المعاوضة) ، أو على سبيل التوثيق كالرهن والكفالة ، فالضمان عليه .

وإن قبضه بإذن مالكه ، فلا ضمان عليه إلا بالتعدِّي ، لأن إذن المالك في قبض الشـيء ينفي الضمان [2] .

---

(١) انظر : ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٢٠ ـ ٢٢١ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكـام** : ٧١ ـ ٧٢ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٢٠٨/١ ـ ٢١٠ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٣) : ٥٤ ـ ٥٩ ، (ق : ٥١) : ٧١ـ ٧٣ .

وذكر ابن السبكي في معرض بيانه لقاعدة : (كل أمين فالقول قوله في الرد على من ائتمنه) : " ولـك أن توضح القاعدة بتقسيم فتقول : القابض لمجرد المقبوض منه تقبل دعواه الرد قطعا وهو أمين ، كالوكيل بلا جعل والقابض لمحض مصلحة نفسه لا تقبل دعواه الرد جزما ، وهو ضامن ، والقابض لمصلحة المقبوض منه ومصلحة نفسه ، فيه خلاف ، والترجيح فيه بحسب ترجيح ذكروه " . [**الأشباه والنظائر** : ٣٦٢/١] .

(٢) هذا هو المستفاد من نصوص الحنفية .

انظر : المرغيناني / **الهداية شرح بداية المبتدي** : ١٨٥/٦ ، ٨/٩ ـ ٩ ؛ البابرتي / **العناية علـى الهدايـة** : ١٨٥/٦ ، ٨/٩ ـ ٩ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٨٥/٦ ؛ قاضي زاده / **نتائج الأفكار** (وهي تكملة فتـح القدير) : ٩/ ٨ ـ ٩ ؛ **مجلة الأحكام العدلية وشرحها درر الحكام** (م : ٣٧٠) : ٣٣٤/١ .

وينقسم الأصل المذكور عند المالكية إلى سبعة أقسام [1] :

الأول : أن يقبضه على وجه التعدِّي والغصب ، فيضمنه .

الثاني : أن يقبضه على وجه انتقال الملك إليه بشراء أو هبة أو وصية ، فيضمنه أيضا سواء أكان البيع صحيحا أم فاسدا .

الثالث : أن يقبضه على وجه السلف ، فيضمنه أيضا .

الرابع : أن يقبضه على وجه العارية والرَّهن ، فإن كان مما يمكن إخفاؤه كالحلي ، فيضمنه ، إلا أن تقوم بينة على التلف من غير تعدٍّ منه ولا تقصير ، وإن كان مما لا يكن إخفاؤه كالعقار ، فلا ضمان عليه .

الخامس : أن يقبضه على وجه الوديعة ، فلا ضمان عليه .

السادس : أن يقبضه على وجه القراض أو الإجارة على حمله ، أو الإجارة على رعاية الغنم ، فلا ضمان عليهما إلا بالتعدِّي ، ويصدق العامل والأجير في دعوى التلف مع يمينه ، وخسارة المال من ربه ، إلا الأجير على حمل الطعام فلا يصدق في دعوى التلف إلا ببينة .

السابع : تضمين الصنَّاع ، فإن كان مما يمكن إخفاؤه ، فعليهم ضمانه سواء عملوه بأجرة أو بغير أجرة ، فإن قامت بينة على التلف سقط عنهم الضمان . وإن كان مما لا يمكن إخفاؤه ، فلا ضمان عليهم .

ويضمنون أيضا كل ما جاء على أيديهم من حرق أو كسر أو قطع إذا عمله في متجره ، ويستثنى من ذلك الأعمال التي فيها تغرير ، فلا ضمان عليهم إلا أن يُعلم أنهم تعدوا فيها ، كالطبيب يسقي المريض أو يكويه فيموت ، فلا ضمان عليه إن لم يخطئ في فعله ، فإن أخطأ فالدية على عاقلته ، وينظر فإن كان جاهلا بصنعته وتخفى عليه أسرارها وعرض نفسه فيؤدب بالضرب والسجن ، وإن كان عارفا فلا يعاقب على خطئه . وليس المقصود بهذا عدم معرفة الطب بالكلية فحسب بل وعدم إتقان الطبيب لصنعته وضعف معرفته ، لما يؤدي ذلك من حصول الضرر .

ولا يضمن الصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه للناس .

ومن ثمَّ فإن هناك ضوابط ذكرها المالكية على هذا التقسيم فقالوا :

أ ــ من قلنا أنه يصدق في دعوى التلف ، فلا يمين عليه إلا أن يكون متهما .

---

(1) انظر : ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٢٠ ــ ٢٢١ .

ب ـــ من ادعى رد الشيء ، فإن كان ممن لا يصدق في دعوى التلف لم يصدق في دعوى الرد إلاّ ببينة ، وإن كان ممن يصدق في دعوى التلف كالوديع وعامل القراض والمُستعير إذا كانت العارية مما لا يمكن إخفاؤه ، فإنه يصدق في دعوى الرد إذا كان قبضه بغير بينة ، فإن قبضه ببينة ، لم يصدق في دعوى الرد إلا ببينة .

ج ـــ الأمين مصدق دون يمين فيما يقوله من وجه يجب به عليه الضمان ، إلاّ أن يكون متهما فيجب عليه اليمين ، ومن ذلك :

الوصي في مال محجوره ، وأمين الحاكم الذي يضع المال على يديه ، والوديع ، وعامل القراض ، والأجير فيما استؤجر عليه ، والأجير على حمل الأشياء غير الطعام ، والوكيل فيما وكل عليه ، والمأمور بالبيع والشراء ، والسمسار الذي يبيع للناس أموالهم ويدخل فيما بينهم ، والشريك في المال ، والصانع على التفصيل السابق ، وغيرهم .

د ـــ كل أمين تصرف على غير الوجه الجائز له ضَمِنَ ، كالمقارض إذا دفع المال إلى غيره أو خالف سنة القراض ، والأمين إذا حرك الأمانة ، والمأمور إذا فعل غير ما أمر به .

هـ ـــ كل من فعل ما يجوز له فعله فنتج عنه تلف لم يَضْمَن ، فإن قصد أن يفعل الجائز فأخطأ ففعل غيره أو جاوز فيه الحد أو قصر فيه عن الحد فنتج عن ذلك تلف ضمنه .

وعند الحنابلة [1] **القاعدة العامة في ضمان الأعيان بالعقد هي ما يلي :**

القابض لمال غيره ، لا يخلو إما أن يقبضه بإذنه أو بغير إذنه .

فإن قبضه بغير إذنه ، فإن استند إلى إذن شرعي كاللقطة لم يضمن ، وكذا إن استند إلى إذن عرفي كالمنقذ لمال غيره من التلف ونحوه ، لم يضمن على الصحيح . وإن خلا عن ذلك كله فهو متعدٍّ وعليه الضمان في الجملة .

وإن وجد استدامة قبض من غير إذن في الاستدامة ، ففيه ثلاثة أقسام :

القسم الأول : من عقد على ملكه عقدا لازما ينقل الملك فيه و لم يقبضه المالك بعد ، فإن امتنع عن تسليمه فهو غاصب ، إلاّ حيث يجوز الامتناع عن التسليم ، كتسليم العوض على وجه ، أو لكونه رهنا عنده ، أو لاستثنائه منفعته مدة .

فإن لم يكن ممتنعا عن التسليم بل باذلا ، فلا ضمان عليه على ظاهر المذهب ، إلا أن يكون المعقود عليه مبهما لم يتعيَّن فيضمنه في الجملة ، ولا يزول ضمانه بدون قبض المشتري .

(١) انظر : ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٣) : ٥٤ ـــ ٥٩ ، (ق : ٥١) : ٧١ـــ ٧٣ .

والحاصل أن عقود المعاوضات المحضة ينتقل الضمان فيها إلى من ينتقل الملك إليه بمجرد التمكن من القبض التام والحيازة إذا تميز المعقود عليه من غيره ، أما غير المتعينة فلا ينتقل ضمانها بدون القبض .

القسم الثاني : أن يعقد عليه عقداً وينقله إلى يد المعقود له ثم ينتهي العقد أو ينفسخ ، وهو نوعان :

أحدهما : عقود المعاوضات ، كالبيع إذا انفسخ بعد قبضه بعيب أو خيار ، والعين المستأجرة إذا انتهت المدة ، والصداق المُعيَّن إذا قبضته المرأة ثم طلقها قبل الدخول ، ففيها وجوه :

أحدها : أن حكم الضمان بعد زوال العقد حكم ضمان المالك الأول قبل التسليم ، فإن كان مضمونا عليه كان بعد انتهاء العقد مضمونا له وإلا فلا .

فعلى هذا إن كان عوضا في بيع أو نكاح وكان متميزا ، لم يضمن على الصحيح ، وإن كان غير متميز ضمن ، وإن كان عوضا في إجارة ضمن بكل حال .

والوجه الثاني : إن كان انتهاء العقد بسبب يستقل به من هو في يده ، كفسخ المشتري ، أو يشارك فيه الآخر ، كالفسخ منهما ، فهو ضامن له ؛ لأنه حصل في يد القابض بسبب منه أدى إلى جعل ملك غيره في يده ، وإن استقل به الآخر ، فلا ضمان ؛ لأنه حصل في يد القابض بغير سبب منه ولا عدوان .

والوجه الثالث : حكم الضمان بعد الفسخ حكم ما قبله ، فإن كان مضمونا فهو مضمون ، وإلا فلا يكون البيع بعد فسخه مضمونا ، لأنه كان مضمونا على المشتري بحكم العقد ، ولا يزول الضمان بالفسخ .

ومقتضى هذا ضمان الصداق على المرأة ، وعدم ضمان العين المستأجرة في الإجارة ؛ لأنها لم تكن مضمونة من قبل .

ووجه الفرق بينهم ، أن المبيع إنما أقبضه البائع لانتقال ملكه عنه ، وكذلك الصداق إنما أقبضه الزوج لانتقال ملكه عنه . أما العين المستأجرة فإن المؤجر أقبضه للمستأجر مع علمه بأنها ملكه ، فكان إذنا في قبض ملكه .

والوجه الرابع : أنه لا ضمان في الجميع ، ويكون المبيع بعد فسخه أمانة محضة ؛ لأنه حصل تحت يده ملك غيره بغير عدوان فلم يضمنه ، كما لو أطارت الريح إليه ثوبا .

وكذلك حكم الصداق بعد الطلاق .

والوجه الخامس : التفريق بين أن ينتهي العقد أو يطلق الـزوج ، وبـين أن ينفسـخ العقد ، ففي الأول يكون أمانة محضة ، لأن حكم المالك ارتفع وعاد ملكـا للأول ، وفي الفسخ يكون مضمونا ، لأن الفسخ يرفع حكم العقد بالكلية ، فيصير مضمونا بغير عقـد أو على وجه السوم في البيع .

الثاني : عقود لا معاوضة فيها (عقود الأمانات) ،كعقد الشركة والمضاربة والوديعة والوكالة إذا انتهت أو انفسخت والمال في أيديهم ، وكعقد الرهن إذا وفّى الدين ، والهبة إذا رجع فيها الأب أو قيل بجواز فسخها مطلقا ، ففيها وجهان :

الأول : أنها غير مضمونة .

الثاني : أن المال يصير مضمونا في يد قابضه إذا لم يبادر بدفعه إلى مالكه [1].

القسم الثالث : أن تحصل في يده بغير فعله ، كمن مات مورثه وعنده وديعة أو شركة أو مضاربة فانتقلت إلى يده ، فلا يجوز إمساكها دون إعلام المالك ؛ لأنه لم يأتمنـه . فـإن تلفت في يده قبل التمكن من الأداء فلا ضمان ؛ لعدم التفريط ، وإن تلفت بعده فالمشـهور الضمان لتعديه بترك الرد مع تمكنه وهو غير مؤتمن .

وأما ما قبض من مالكه بعقد لا يحصل به الملك فثلاثة أقسام :

القسم الأول : ما قبضه لمصلحة نفسه كالعارية ، فهو مضمون في ظاهر المذهـب ؛ لأن الإذن إنما تعلق بالانتفاع وقبض العين وقع من حيث اللزوم ، فهو كقبض المضطر مـال غيره لإحياء نفسه ، فإنه لا يسقط عنه الضمان ، لأن إذن الشرع تعلق بإحياء نفسه ، وجعل الإذن في الإتلاف من باب اللزوم .

القسم الثاني : ما قبضه لمصلحة مالكه خاصة كالمودع ، فهو أمين محض لاضمان عليه ما لم يتعدَّى أو يفرط .

القسم الثالث : ما قُبض لمنفعة تعود إلى المتعاقدين ، وهو نوعان :

الأول : ما أخذ على وجه الملك فتبين فساده ، أو على وجه السوم .

---

(١) قال ابن رجب : " وكلام القاضي وابن عقيل يشعر بالفرق بين الوديعة والرَّهن ، فإنهما عللا كون الرهن أمانة بأنه أمانة ووثيقة ، فإذا زالت الوثيقة بقيت الأمانة ، كما لو كان عنده وديعة فأذن في بيعها ثم نهاه ؛ وهـذا التعليل مقتضاه الفرق بين الوديعة ، وبين الشركة والمضاربة والوكالة ، لأن هذه العقود مشتملة على ائتمـان وتصرف ، فإن زال التصرف في الائتمان ، بخلاف الوديعة فإنه ليس فيها غير ائتمان مجرد ، فـإن زال صـار ضامنا " [**القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٣) : ٥٦ ــ ٥٧] .

أما الأول فهو : المقبوض بعقد فاسد ، وهو مضمون في المذهب ؛ لأنه قبضه على وجه الضمان .

وأما المقبوض على وجه السوم ففي ضمانه روايتين سواء أخذ بتقدير الثمن أو بدونه ، والصحيح الضمان ؛ لأنه مقبوض على وجه البدل والعوض ، فهو كالمقبوض بعقد فاسد .

الثاني : ما قُبض لمنفعة المتعاقدين على غير وجه التمليك لعينه ، كالرَّهن والشركة والمضاربة والوكالة بجعل والوصية ، فهذا كله أمانة على المذهب .

وكذا الأعيان المستأجرة والموصى بمنفعته أمانة كالرهن ؛ لأنه مقبوض على وجه الاستحقاق .

وقال ابن رجب " يضمن بالعقد واليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل . فأما غير المنقول فالمشهور عند الأصحاب أنه يضمن بالعقد واليد أيضا ، كما يضمن في عقود التمليكات بالاتفاق " [(١)].

المطلب الثاني ـ ضابط التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة :

المستفاد من كلام الفقهاء أنَّ منشأ التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة هو المعاوضة .

جاء في الهداية في بيان كون يد الشريك في مال الشركة يد أمانة : " لأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة ، فصار كالوديعة " [(٢)] . ويستفاد منه أن القبض الذي يستوجب الضمان هو : ما كان بغير إذن المالك كالمغصوب ، أو ما كان بسبيل المبادلة كعقد البيع وغيره من عقود المعاوضات ، أو ما كان بسبيل التوثيق كالرهن والكفالة .

(١) **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٩١) : ١٩٩ .
فائدة : ذكر ابن رجب قاعدة في حكم قبض مال الغير من يد قابضه بحق بغير إذن مالكه ، فقال : " قبض مال الغير من يد قابضه بحق بغير إذن مالكه إن كان يجوز له إقباضه فهو أمانة عند الثاني إن كان الأول أمينا وإلا فلا ، وإن لم يك إقباضه جائزا فالضمان عليها ، يتخرج وجه آخر ألا يضمن غير الأول . ويندرج تحت ذلك صور : منها : مودع المودع ، فإن كان حيث يجوز الإيداع فلا ضمان على واحد منهما ، وإن كان حيث لا يجوز فالضمان على الأول . وفي الثاني وجهان سبق ذكرهما " [**القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٩٤) : ٢٠٨] .

(٢) المرغيناني : ١٨٥/٦ . وانظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٨٥/٦ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ١٨٥/٦ .

وقال ابن رجب " الفرق بين عقود الأمانات المحضة والمعاوضات أن المعاوضات تُضمن بالعقد وبالقبض ، فإذا كان عقدهما مضمنا كان فسخهما كذلك ، وعقود الأمانات لا تُضمن بالعقد فكذلك بالفسخ " (١).

وإذا فالحاصل من كلام الفقهاء أن فكرة الضمان في العقد تدور مع معنى المعاوضة فيه ولو مآلا ، فكلما كان القصد من العقد معاوضة كان عقد ضمان ، وكلما كان القصد من العقد غير المعاوضة ، كالحفظ ونحوه ، كان العقد أمانة (٢).

المطلب الثالث ــ في الفروق :

وفيه ثلاثة فروع :

الأول . ضابط في الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد :

الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد : أن ضمان العقد هو : المضمون بما يقابله من العوض الذي اتفق عليه المتعاقدان إذ جعل مقابله شرعا .

كالمبيع في يد البائع فإنه مضمون بالثمن لو تلف لا بالبدل من المثل أو القيمة ، وكذلك المسلم فيه فإنه لو فسخ أو انفسخ رجع إلى رأس المال لا إلى قيمة المسلم فيه .

وأما ضمان اليد فهو : ما يضمن عند التلف بالبدل من مثل أو قيمة (٣) .

وذكر الرافعي (٤) وجها آخر في الفرق بينهما وهو : " أن ما لا ينفسخ العقد بتلفه في

(١) **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٣) : ٥٦ .
وجاء فيه أيضا قوله : ٥٩ " إذا قبض المشتري زيادة على حقه غلطا فإنها تكون مضمونة عليه لأنه قبضها على وجه العوض " .
وقوله في (ق : ٤٤) : ٦٠ : " أما التلف فيقبل فيه قول كل أمين إذ لا معنى للأمانة إلا انتفاء الضمان ، ومن لوازمه قبول قوله في التلف وإلا للزم الضمان باحتمال التلف وهو لا يلزمه الضمان مع تحققه " .
وجاء في كشاف القناع : ٣٧٠/٣ : أن المقبوض على وجه السوم مضمون إذا تلف مطلقا ؛ لأنه مقبوض على وجه البدل والعوض .

(٢) انظر : الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٥٨١/١ .

(٣) الزركشي / **المنثور في القواعد** (بتصرف) : ٣٣٣/٢ .

(٤) **عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني (٥٥٧ – ٦٢٣ هـ)** : أبو القاسم ، من أهل قزوين من كبار فقهاء الشافعية . ترجع نسبته إلى رافع بن خديج الصحابي .
من مصنفاته : الشرح الكبير الذي سماه (العزيز شرح الوجيز للغزالي) . وقد تورع بعضهم عن إطلاق لفظ العزيز مجرداً على غير كتاب الله تعالى فقال (فتح العزيز في شرح الوجيز) في الفقه ، و(شرح مسند الشافعي) =

يد العاقد يكون مضمونا ضمان يد ، كما لو غصب البائع المبيع من المشتري بعد القبض يضمنه ضمان يد ، وكذا النكاح لا ينفسخ بتلف الصداق ، فليكن مضمونا ضمان يد " [(١)].

الثاني ـ ضابط في الفرق بين ضمان العقد وضمان الإتلاف :

ضمان العقد يختلف عن ضمان الإتلاف ، فضمان العقد لا يقوم على تحقيق المماثلة بين العوض والمعوض عنه وإنما على الرضا والاتفاق بين المتعاقدين حسب ما تضمنه العقد بقصد تحقيق منفعة المتعاقدين ، ولذا سقط اعتبار التفاوت في ضمان العقد بين البدلين .

وضمان العقد في نظر الفقهاء لا يكون إلا فيما عين في صلب العقد ، كالمبيع في عقد البيع ، والثمن إذا كان عينا ، والأجرة في عقد الإجارة إذا كانت عينا معينة ، وكذلك بدل الصلح إذا كان عينا [(٢)].

فهذه الأعيان وأمثالها إذا تلفت قبل تسليمها تكون مضمونة ضمان عقد في يد من وجب عليه تسليمها ، فتضمن بما يقتضيه العقد من بدل دون مراعاة لقيمتها كأساس في التقدير ، فالمبيع عند هلاكه في يد البائع مضمون بالثمن فيسقط الثمن بهلاكه ، ويبطل عقد البيع ويُرد الثمن إذا كان أُدى قبل ذلك . وكذلك الحكم عند هلاك الثمن إذا كان عينا .

أما ضمان الإتلاف إنما يكون أثرا للإتلاف ويضمن به المتلف قيمة ما أتلفه وقت تعدِّيه سواء كان المال بيده أم لا ، إذ أن أساس التالف إحلال مثيله محله ؛ جبرا له ورفعا لضرر فقده ، ولذلك يجب فيه مراعاة المساواة في القيمة ولا تجوز فيه زيادة أحد البدلين على الآخر ، ويجبر فيه الآبي على قبول البدل ، ويراعى فيه أوصاف التالف عند التقدير ؛ لأن أساسه الفعل الضار والفعل يرد على العين وأوصافها فوجب لذلك مراعاتها في التقدير [(٣)] .

= و(التدوين في ذكر أخبار قزوين) ؛ و(الإيجاز في أخطار الحجاز) وهو ما عرض له من الخواطر في سفره إلى الحج . [انظر : ابن السبكي / **طبقات الشافعية الكبرى** : (٢٨١/٨-٢٩٣) ؛ هداية الله الحسيني/**طبقات الشافعية** : (٢١٨-٢٢٠) ؛ الذهبي / **سير أعلام النبلاء** : (٢٥٢/٢٢-٢٥٥) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٥٥/٤)] .

(١) الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣٣٣/٢ .

* ضمان عقد الصداق فيه خلاف والأصح أنه ضمان عقد . [انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣٣٢/٢ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ١٧٣ ، ٣٦١] .

(٢) انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٦١ .

(٣) انظر : السرخسي / **المبسوط** : ٧٩/١١ ــ ٨٠ ؛ **الضمان في الفقه الإسلامي** : ١٩ ــ ٢٠ .

الثالث ـ ضابط في الفرق بين ضمان الإتلاف ، وضمان اليد :

الفرق بين ضمان الإتلاف وضمان اليد هو : أن ضمان الإتلاف يتعلق الحكم فيه بالمباشر دون السبب . أما ضمان اليد فيتعلق الحكم فيه بهما [1].

فائدة : في ذكر محل الضمان :

محل الضمان هو : ما يجب فيه الضمان بالعقد وغيره كالإتلاف والغصب ونحوه ، وإلى هذا أشار ابن رشد في بداية المجتهد [2].

* * * * *

(١) **المنثور في القواعد** : ٣٢٤/٢ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر**: ٣٦١ .

(٢) انظر : ابن رشد : ٢٣٧/٢ .

الفصل السادس

أقسام العقود بالنظر إلى غاية العقد

ويشتمل هذا الفصل على ستة مباحث :

المبحث الأول : عقود التمليكات ، وأمثلتها .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أسباب التملك .

المطلب الثاني : أقسام عقود التمليكات .

المطلب الثالث : الآثار المترتبة على عقود التمليكات .

المبحث الثاني : عقود الاشتراكات ، وأمثلتها .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : بيان المراد بعقود الاشتراكات .

المطلب الثاني : أقسام شركة العقد .

المبحث الثالث : عقود التفويض ، وأمثلتها .

المبحث الرابع : عقود التوثيقات ، وأمثلتها .

المبحث الخامس : عقود الحفظ ، وأمثلتها .

المبحث السادس : عقود الإسقاطات ، وأمثلتها .

المبحث الأول ــ عقود التمليكات [١] ، وأمثلتها .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول ــ أسباب التملك .

العقد سبب من أسباب الملكية بل هو أعظم أسباب الملكية وأكثرها وقوعا بخلاف الأسباب الأخرى للملك ؛ ولعل هذه الأهمية ناشئة من حاجة الإنسان لشتى أنواع العقود بصفة دائمة في حياته .

ويتجلّى بيان ذلك من خلال حديث الفقهاء عن أسباب الملك [٢] :

قال الزركشي ــ رحمه الله ــ : الملك قسمان :

أحدهما : يحصل قهرا كما في الميراث ومنافع الوقف ، وكذا رقبة الوقف على القول بأن الوقف يلزم بالقول ولا يشترط القبول [٣] ، ونماء الملك من الثمار والنتاج وغيرهما ، والمردود بعيب وكذلك الكلأ والمطر والثلج والبرد إذا حصل في ملكه على الأصح ، وفي قول : أنه لا يملك . أما النابت في الموات ففيه ثلاثة أوجه ، وعود شطر الصداق بالطلاق قبل الدخول على قول ، وخلط المغصوب بما لا يتميز ، وإذا أعتق الشريك الموسر نصيبه وبذَلَ قيمة النصف الآخر يملكه الشريك وإن لم يقبضها على وجه .

وقد يتملك عن الغير قهرا ، كالرجوع في العين بالإفلاس [٤] ورجوع الوالد في هبته ، ورجوع الزوج في شطر الصداق ، وأخذ الشفيع الشقص [٥] المشفوع فإنه يخرج من ملك صاحبه بغير اختياره ، وأخذ المضطر طعام الغير ، وإذا ظهر مالك اللقطة بعد تملّك الملتقط ففي تمكينه من استردادها قهرا وجهان : أصحهما ، نعم .

ولو أخذ من غريمه جنس حقه ملكه بنفس الأخذ من غير احتياج إلى اختيار التملك .

---

(١) تقدم تعريفها ، ص : ٢١٤ ، ش : ٢ .

(٢) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٤٦ ؛ **القرافي / الفروق** : ٢٠٨/٣ ؛ المكي/ **تهذيب الفروق** : ٢٣٢/٣ ؛ ابن السبكي/ **الأشباه والنظائر** : ٣٦٢/١ ــ ٣٦٣ ؛ السيوطي/**الأشباه والنظائر** : ٣١٧ .

(٣) انظر من هذا البحث ، ص : ٤٣٠-٤٣١.

(٤) أفلس الرجل كأنه صار إلى حال ليس له فلوس فهو مفلس والجمع مفاليس ، وحقيقته : الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر . [انظر (م : فلس) : الفيومي/ **المصباح المنير** : ١٨٣] .

(٥) الشقص : الطائفة من الشيء . [انظر (م : شقص) : الفيومي/ **المصباح المنير** : ١٢٢] .

والثاني : يحصل بالاختيار وهو على قسمين :

أحدهما : بالأقوال ويكون في المعاوضات كالبيوع وفي غيرها كالهبات والوصايا والوقف إذا شرطنا القبول وتملك اللقطة بشرطه .

والثاني : يحصل بالأفعال كتناول المباحات كالاصطياد والاحتشاش والصدقة والإحياء والغنيمة .

وقد أشار النبي ﷺ إلى الثلاثة بقوله ((صَدَقَةً لاَ تُبَاعُ وَلاَ تُوهَبُ وَلاَ تُورَثُ)) [١] فأشار بالبيع إلى المملوك بالمعاوضة ، وبالهبة إلى المملوك بغيرها اختيارا ، وبالإرث إلى الداخل قهرا هذه هي مجامع التملك وما تفرع عنها يرجع إليها [٢] .

فحاصل القول هنا أن العقد سبب من أسباب الملك ، بل هو أهم الأسباب وأقواها ، ونستطيع من خلال ما تقدم حصر أسباب التملك التي أقرها التشريع الإسلامي في أربعة ، وهي :

١ـ العقود ، ومثّلوا لها بالمعاوضات المالية ، وبعقود التبرعات كالهبة والصدقة والوقف .

٢ـ إحراز المباح ، ومثّلوا له بإحياء الموات ، ومنه أيضا الماء في منابعه ، والكلأ في منابته ، والأشجار في البراري غير المملوكة ، وصيد البر والبحر .. وغير ذلك ، ويدخل فيه الغنائم الحربية ، لأن أموال المحاربين تعتبر من المباحات إذ أن ملكيتهم عليها غير محترمة .

٣ـ الخلفيّة ، وهي : " حلول شخص أو شيء جديد محل قديم زال في الحقوق " [٣]، وتشمل :

١ـ خلفية شخص عن شخص ، كالإرث .

٢ـ خلفية شيء عن شيء ، كالتضمين ، ويدخل فيه الديّات وأروش الجنايات .

٤ـ التولد من المملوك : ومعناه أن ما يتولد من شيء مملوك يكون مملوكا لصاحب الأصل ؛ لأن مالك الأصل هو مالك الفرع ، سواء أكان التولد بفعل المالك ، أم بالطبيعة والخلقة .

---

(١) رواه أحمد .
الفتح الرباني : ١٧٨/١٥ ، كتاب الوقف ، باب مشروعية الوقف وفضله ووقف المشاع والمنقول .

(٢) **المنثور في القواعد** (بتصرف): ٢٣١/٣ ــ ٢٣٢ .

(٣) الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٢٤٩/١ .

المطلب الثاني ــ أقسام عقود التمليكات .

وفيه فرعان :

الأول : تقسيم عقود التمليكات إلى عقود اختيارية ، وعقود جبرية [١] .

أساس هذا التقسيم :

الأصل في انتقال الأملاك إنما هو طيب النفس والاختيار [٢]، وهذا الأصل مبني على مبدأ ثابت ومُقرر في الفقه الإسلامي ، وهو : رضائية العقود .

وأيضا فقد قرر الفقهاء لذلك قاعدة ، وهي : لا يدخل في ملك الإنسان شيء بغير اختياره [٣] .

ورغم أن الأصل في إنشاء العقود الرضا والاختيار إلا أنه مع هذا فقد أجاز الفقهاء إجراء بعض العقود جبرا في صور متعددة عندما تدعو الضرورة ؛ وذلك لأسباب مبناها قائم على قاعدة أساسية في الشرع وهي : لا ضرر ولا ضرار [٤] .

قال ابن رجب : وبكل حال فإن النبي ﷺ إنما نفى الضرر والضرار بغير حق ، وهذا على نوعين : أحدهما : أن لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير .

---

(١) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣/٢٣١ ــ ٢٣٢ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ١/٢٤٦ ــ ٢٤٩ .

(٢) قال الشافعي ــ رحمه الله ــ في **الأم** : (٣/٣) : " فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم بإذنه داخل في المعنى المنهي عنه ، وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى . وجماع ما يجوز من كل بيع آجل وعاجل وما لزمه اسم بيع بوجه أنه لا يلزم البائع والمشتري حتى يجمعا أن يتبيعاه برضا منهما بالتبايع به ... " .

(٣) ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٤٧ .

(٤) **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٩) : ١/٣٢ .

وهذه القاعدة الفقهية هي نص حديث نبوي ، أخرجه الحاكم والدارقطني والبيهقي عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ قال : ((لا ضرر ولا ضرار ... من ضار ضره الله ، ومن شاق شق الله عليه)) .

قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه .

الحاكم ، **المستدرك** : ٢/٥٧-٥٨ ، كتاب البيوع ، باب النهي عن المحاقلة والمحاضرة والمنابذة .

البيهقي ، **السنن الكبرى** : ٦/٦٩ ، كتاب الصلح ، باب لا ضرر ولا ضرار .

الدراقطني ، **السنن** : ٤/٢٢٨ ، كتاب الأقضية ، حديث (٨٦) .

وانظر : التلخيص على المستدرك : ٢/٥٧-٥٨ ؛ الغماري / **الهداية في تخريج أحاديث البداية** : ٨/١٠-١٤

والنوع الثاني : أن يكون له غرض آخر صحيح ، مثل أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له ، فيتعدّى في ذلك إلى ضرر غيره ، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه توفيرا ، فيتضرر الممنوع بذلك [1].

ثم إن القواعد الفقهية المنبثقة عن هذا المبدأ العظيم كثيرة جدا منها :

منها :

١- الضرر يدفع بقدر الإمكان [2].

٢- الضرر يزال [3].

٣- الضرر لا يزال بمثله ، وغيرها [4] .

وأهمها فيما نحن بصدده قاعدتان :

الأولى : يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام [5] .

الثانية : الضرر الأشد يزال بالأخف [6] .

وهاتان القاعدتان يرجع إليهما أغلب صور العقود الجبرية ، مع ملاحظة اندراجها في قواعد أخرى كالرد بالعيب ، و الشفعة يندرجان تحت قاعدة الضرر يزال ، أما خيار العيب فشُرِع لإزالة ضرر المشتري الذي يأخذ مالا معيبا مع ظنه أنه مال سالم من العيب ، وأما حق الشفعة فجُوِّز لمنع الضرر الذي يحدث من سوء الجوار [7] .

ولذلك فأن إجراء العقود الجبرية يكون إما مراعاة لمصلحة عامة فيدخل هذا تحت قاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ، وإما مراعاة لمصلحة فردية أخرى أولى من مصلحة المالك ، فيدخل هذا تحت قاعدة : الضرر الأشد يزال بالأخف .

وإذا فالعقد المسبب للملكية إما أن يكون اختياريا (رضائيا) ، أو جبريا .

---

(١) ابن رجب / **جامع العلوم والحكم** (مختصرا) : ٣٠٣ ، ٣٠٥ .

(٢) **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٣١) : ١/٣٧.

(٣) ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٨٥ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٢٠) : ١/٣٣ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٨٣ .

(٤) ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٨٧ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٢٥) : ١/٣٥ . وانظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٨٦ .

(٥) ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٨٧ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٢٦) : ١/٣٦ .

(٦) ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٨٨ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٢٧) : ١/٣٦ . وانظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٨٧ .

(٧) انظر : حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ١/٣٣ .

وفيما يلي نماذج لكل من هذين القسمين :

أولا ــ العقود الاختيارية : عقود المعاوضات كالبيوع ، وعقود التبرعات كالهبات والوصايا والوقف وغيرها من عقود التمليك .

ثانيا ــ العقود الجبرية : ومنها :

١ــ العقود الجبرية التي تجريها السلطة القضائية مباشرة ، بالنيابة عن المالك الحقيقي ، كبيع مال المدين جبرا عنه لوفاء ديونه [١]، وبيع الأموال المحتكرة جبرا عن صاحبها عند الحاجة إليها لدفع الضرر العام [٢]. فالمتملك يتملك عن طريق عقد بيع صريح بإرادة القاضي .

جاء في الطرق الحكمية : " المحتكر الذي يعمد إلى شراء ما يحتاج إليه الناس من الطعام ، فيحبسه عنهم ، يريد إغلاءه عليهم : هو ظالم لعموم الناس . ولهذا كان لولي الأمر أن يكره المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل ، عند ضرورة الناس إليه ، مثل من عنده طعام لا يحتاج إليه ، والناس في مخمصة [٣] ، أو سلاح لا يحتاج إليه والناس يحتاجون إليه للجهاد ، أو غير ذلك " [٤].

٢ــ الشُّفعة : وهي من العقود الجبرية التي شُرِعَت رعاية لمصلحة فردية أولى من مصلحة المالك ، فيخرج الشقص المشفوع ويدخِل ثمنه في ملك صاحبه كلاهما بغير اختياره.

---

(١) انظر تفصيل آراء العلماء : الحطاب / **مواهب الجليل** : ٢٤٨/٤ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٤٤/٣ ؛ ابن القيم / **الطرق الحكمية** : ٢٤٥ .

(٢) ومن نصوص الفقهاء في ذلك ما جاء في **الاختيار لتعليل المختار** : ١٥٥/٣ ــ ١١٦ : " وإذا رفع إلى القاضي حال المحتكر يأمره ببيع ما يفضل عن قوته وقوت عياله ، فإذا امتنع باع عليه ، لأنه في مقدار قوته وعياله غير محتكر ... ويترك قوتهم على اعتبار السعة . وقيل إذا رفع إليه أول مرة نهاه عن الاحتكار ، فإن رفع إليه ثانيا حبسه ، وعزره بما يرى ، زجرا له ، ودفعا للضرر عن الناس . قال محمد : اجبر المحتكرين على بيع ما احتكروا ، ولا أسعر ، ويقال له : بع كما يبيع الناس ، وبزيادة يتغابن في مثلها ، ولا أتركه يبيع بأكثر ... وقال أصحابنا إذا خاف الإمام على أهل مصر الضياع والهلاك أخذ الطعام من المحتكرين ، وفرّقه عليهم ، فإن وجدوا ردوا مثله ، وليس هذا حجرا إنما هو للضرورة كما في المخمصة " .

وفي **حاشية الجمل** : ١٨/٣ : " ومن الإكراه بحق أن يكون عنده طعام يحتاج إليه الناس ، فيكرهه الحاكم على بيع الزائد عن كفاية سنة " .

وانظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/ ١٢٩ .

(٣) المخمصة : المجاعة . [انظر (م : خمص) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٧٠] .

(٤) ابن القيم : ٢٤٣ ــ ٢٤٤ .

ولا خلاف بين الفقهاء على أن الشُّفعة إنما شُرِعَت لدفع الضرر عن الشفيع وإن اختلفوا في نوعية الضرر [١] .

ولست هنا بصدد الدراسة التفصيلية لأحكام الشفعة من حيث ما تجري فيه وآراء العلماء واختلافهم في شروطها التي تحصل عند تحققها فتلك مسائل تفصيلية مرجعها كتب الفروع وإنما القصد من ذكرها بيان كونها من العقود الجبرية ، فالشفيع إذا تملك بالشُّفعة دخل الثمن في ملك المأخوذ منه جبراً كالمبيع إذا هلك في يد البائع فإن الثمن يدخل في ملك المشتري ، وكذا نماء ملكه من الولد والثمار والماء النابع في ملكه وما كان من إنزال الأرض ، إلا الكلأ والحشيش والصيد الذي باض في أرضه .

٣ــ استملاك الأرض بسعر مثلها جبرا عن صاحبها للضرورة أو للمصلحة العامة ، كتوسيع مسجد أو طريق ونحوهما [٢].

٤ــ الرد بالعيب ، فالمعيب إذا رُدَّ على البائع بالعيب ، إن كان قبل القبض انفسخ البيع مطلقا وإن كان بعده فلا بد من القضاء أو الرضاء كالموهوب إذا رجع الواهب فيه .

٥ــ منافع الوقف ، يملكها الموقوف عليه وإن لم يقبل ، وكذا رقبة الوقف على قول من لم يشترط القبول .

٦ ــ الوصية في مسألة ؛ وهي أن يموت الموصى له بعد موت الموصي قبل قبوله ، فيدخل الموصى به في ملك الموصى له استحسانا ، والقياس أن تبطل الوصية ، حتى لا يدخل في ملكه شيء بغير اختياره ، كموت المشتري قبل القبول بعد إيجاب البائع . ووجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته ، فتوقف العقد على قبول الموصى له ، فإذا مات دخل في ملكه ، كما في البيع المشروط فيه الخيار للبائع أو للمشتري ، فإن مات من له الخيار قبل الإجازة لزم العقد في حقه .

وأيضا في مسألة ؛ إذا أوصى للجنين ، فإنه يدخل في ملكه من غير قبول استحسانا ؛ لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه .

٧ــ الهبة في مسألة ما وُهِب للعبد وقبله بغير إذن السيد يملكه السيد بلا اختياره .

---

(١) انظر : ابن المنذر / **الإشراف على مذاهب أهل العلم** : ٢/٥ ، ٧ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤٦١/٥ ــ ٤٦٢ ؛ ابن القيم / **الطرق الحكمية** : ٢٤٥ ــ ٢٤٦ .

(٢) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٢١٦) : ٢٤٤/١٠ ٢٤٥ ؛ التسولي/ **البهجة شرح التحفة** : ٧٥/٢ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي** : ٢٤٨/١.

٨ — نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ، لكن يستحقه الزوج إن كان قبل القبض مطلقا ، وبعده لا يملكه إلا بقضاء أو رضاء (١).

الفرع الثاني : تقسيم عقود التمليكات إلى عقود معاوضات ، وعقود تبرعات ، وعقود تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء (٢).

المستفاد من أقوال العلماء أن عقود التمليك ثلاثة أنواع :

الأول : عقود المعاوضات (٣) ، وهذه الطائفة من العقود تقوم على أساس إنشاء التزامات متقابلة بين العاقدين يأخذ فيها كل من الطرفين شيئا ويعطي في مقابله شيئا ، كالبيع فهو عقد معاوضة بالنسبة للبائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل نقل ملكية المبيع ، وبالنسبة للمشتري لأنه يأخذ الشيء المبيع في مقابل الثمن . وكذلك الإجارة ، والصرف ، والصلح ، والاستصناع ، والمزارعة ، والمساقاة ، والنكاح ، ونحوها مما فيه معاوضة ومبادلة من الطرفين .

وعقود المعاوضات (المبادلات) على أربعة أضرب (٤) :

الأول : مبادلة المال بالمال كالبيع بجميع أنواعه الشامل للصرف والسلم والصلح عن مال .

الثاني : مبادلة المال بالمنفعة ، كالإجارة والاستصناع والمزارعة والمساقاة والمغارسة والمضاربة .

الثالث : مبادلة المال بما ليس بمال ولا منفعة ، كالزواج والخلع على القول بأن المهر عوض عن البضع .

---

(١) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٤٧ ؛ الحموي / **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر** : ٣/٤٦٢-٤٦٤.

(٢) وهذا التقسيم لعقود التمليكات بالنظر لتبادل الحقوق .
انظر : ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** : ٢/٦٩ — ٧٠ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق ٥١ — ٥٢) : ٧١ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٨ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ١/٥٧٨ ؛ السنهوري / **مصادر الحق** : ١/٤٤ .

(٣) تقدم تعريفها ، ص : ٤٥ .

(٤) انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٧٥ ؛ موسى / **الأموال ونظرية العقد** : ٤٦٣ ؛ بدران / **الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود** : ٤٩٠.

الرابع : مبادلة منفعة بمنفعة ، كقسمة المنافع بطريق المهايأة (١) .

الثاني : عقود التبرعات (٢) ، وهذه الطائفة من العقود تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للآخر ، كالهبة ، والصدقة ، والوصية ، والعارية ، والكفالة بغير أمر المدين، وإبراء المدين (٣)، والقرض . فالمتعاقد في هذه العقود لا يأخذ مقابلا لما أعطاه ، ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه .

فالعارية عقد تبرع بالنسبة للمعير لأنه لا يأخذ شيئا من المستعير في مقابل الانتفاع بالشيء المعار الذي تبرع به له ، وهي عقد تبرُّع بالنسبة للمستعير لأنه لا يعطي شيئا في مقابل الانتفاع بالشيء المعار ، وكذلك الهبة دون عوض ، والقرض والوديعة والوكالة دون مقابل ، كلها عقود تبرُّع على النحو الذي قدمناه

فائدة : في ذكر التميز في عقود التبرعات بين عقود التفضل والهبة :

نُميِّز في عقود التبرع بين نوعين :

أحدهما : عقود التفضُّل : وفي هذه الطائفة يقدم المتبرع للمتبرع له فائدة دون أن يخرج عن شيء من ماله ، ففي الوديعة يتبرع حافظ الوديعة بحفظها فيستفيد المودع ، وفي الوكالة دون مقابل يتبرع الوكيل بالعمل الموكل إليه القيام به فيستفيد الموكل ، وفي الكفالة يتبرع المدين بضمان المدين فيستفيد الدائن ، وفي القرض يتبرع المقرض بالفائدة التي تعود على المقترض من استعمال ماله ، وفي العارية يتبرع المعير بمنفعة الشيء المعار فيستفيد المستعير ، دون أن ينقص من مال المتبرع شيء .

الثاني : الهبات : وفي هذه الطائفة يخرج المتبرع عن شيء من ماله ، كعقد الهبة ينقص من مال الواهب بقدر ما وهب .

---

(١) المهايأة هي : قسمة المنافع بالزمان بأن ينتفع كل واحد من الشريكين بالعين المشتركة بالتناوب فينتفع أحدهما مدة والآخر مدة ، كما لو كانت العين المشتركة دارا فيسكنها أحدهما سنة والآخر سنة . أو بالمكان بأن ينتفع أحدهما بمكان والآخر بمكان فيخصص كل واحد منهما ببعض العين المشتركة ، كما لو كانت العين المشتركة دارا فيسكن أحدهما في الطابق العلوي والآخر في السفلي . [انظر : البابرتي/ **العناية على الهداية** : ٤٥٦/٩ ؛ قاضي زاده / **نتائج الأفكار** : ٤٥٥/٩ — ٤٥٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٤١٩): ٣٧٩/٢ — ٣٨٠ ، (م : ١١٧٤) : ١٩٤/١٠ ، (م : ١١٧٦) : ١٩٥/١٠ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٨٨ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٣٧٦/٦ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٧٨٥) : ٥٣٨] .

(٢) تقدم تعريفها ، ص : ٥٤ .

(٣) لأنه تمليك للدين بلا عوض من وجه ، وإسقاط من وجه آخر .

ولهذا التمييز أهمية ترجع لاختلاف الأحكام التي تترتب على كل منهما تبعا لذلك ، منها: خضوع عقد الهبة لضوابط الغاية منها حماية الواهب وورثته ، كما في الهبة في مرض الموت ، فإنها تأخذ حكم الوصية بالإجماع (١).

الثالث : عقود تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، كالقرض ، والكفالة بأمر المدين ، والهبة بشرط العوض ــ الثواب ــ ، فالمقرض متبرع بإسعاف المقترض بالمال الذي يعوزه ، والكفيل بالأمر متبرع بالتزام أداء الدين عن المدين ، والواهب الذي يهب على شرط أخذ عوض عن هبته متبرع أيضا بما يعطي ، ولكن عندما يسترد المقرض نظير ما أقرض ، ويرجع الكفيل على المدين بنظير ما دفع عنه ، ويأخذ الواهب من الموهوب له شيئا مقابلا لهبته ، يؤول العقد وينتهي إلى المعاوضة .

وإذا فالتبرع يكون في ابتداء العقد ثم يلزم الطرف الآخر بدفع البدل ، فهي تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، ونتيجة لذلك تطبق على العقد في ابتدائه شروط التبرع ، وفي انتهائه أحكام المعاوضة (٢).

أهمية التمييز بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات (٣):

للتمييز بين المعاوضات والتبرعات أهمية ترجع لاختلاف الأحكام التي تترتَّب على كل منهما تبعا لاختلاف طبيعة كل منهما ، ومن ذلك :

أولا : عقود المعاوضات هي التي تحتوي على بدل من الجانبين ، فمقتضى طبيعتها ألاَّ تتم إلا بالتراضي ، أي بإيجاب وقبول أو ما يقوم مقامهما .

أما عقود التبرعات فهي التي تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للآخر ، فلا يأخذ فيها المتعاقد مقابلا لما أعطاه ، ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه ، فطبيعتها تقتضي أن تتم بالإيجاب وحده .

---

(١) انظر : ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٤١ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٩٨/٤ ؛ ابن المنذر / **الإجماع** : ٦٦ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥٢٤/٦ ؛ السنهوري / **نظرية العقد** : ١٣٦.

(٢) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٢٣٢/٣ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٥١ — ٥٢) : ٧١ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٨ .

(٣) انظر : الدريني / **التراضي في عقود المبادلات المالية** : ٤٣ .

ونتيجة لهذا علّل كثير من الفقهاء تمام العقود وانعقادها بالإيجاب والقبول بكونها عقود معاوضة ، وعلّلوا تمام التصرف بالإيجاب وحده بكونه تبرعاً (١) .

لكن هذا القول ليس على إطلاقه فإن فريقا من الفقهاء جعل الإيجاب والقبول ركنا في التصرف ، حتى جعلوا التبرعات كالوصية والهبة والعارية لا تتم إلا بالقبول معللين ذلك بأنها عقود ، وبأن الأصل ألاّ تتم إلا بالقبول (٢) .

وإذا فوجه قول من يرى أن القبول ليس بركن هو الاستحسان ، أما الأصل والقياس في العقود هو أن يكون القبول ركنا .

ثانيا : إن أثر الشرط الفاسد على العقود عند الحنفية يختلف ، فعقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى مال والمزارعة والمساقاة ، تفسد إذا اقترن بها شرط فاسد ؛ لأن حقيقة الشروط الفاسدة هي وجود الزيادة العارية عن العوض وهو معنى الربا ، ، ولأن الشرط باطل في نفسه والمنتفع به غير راض بدونه ؛ لأنه قد رضي مبادلة ماله بمال المتعاقد الآخر على هذا الشرط وقد فاته ، فيفسد العقد .

أما عقود التبرعات كالهبة والقرض ، فتصح ويلغو الشرط ؛ لأنه لا يُتصورُ فيها الربا (٣) .

---

(١) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ١٠/١٣٦ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ١٠/١٣٦ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٧٨ — ٢٧٩ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٢/٤٠٥ ؛ الرملي / **نهاية المحتاج** : ٤/٢٢٢ ؛ السنهوري / **مصادر الحق** : ١/٤٤ .

يقول السنهوري بعد أن ذكر أن التصرفات بحسب وجود المعاوضة وعدمها ثلاثة أقسام : " نستطيع أن نستخلص من هذا التحليل أن التصرف في الفقه الإسلامي يتم بإيجاب وقبول إذا كان من شأنه أن يرتب التزاما في جانب كل من الطرفين ولو انتهاء ، أما التصرف الذي يرتب التزاما في جانب أحد الطرفين دون الآخر فيتم بإيجاب الطرف الملتزم وحده . فكأن الالتزام يكفي في إنشائه إرادة الملتزم وحدها ، وكأن العقد نفسه ، وهو إيجاب وقبول ، يقوم التزام كل طرف فيه على إرادته دون اعتبار لإرادة الطرف الآخر ، فإذا صحَّ هذا النظر ، أمكن القول في الإسلامي إن الأصل في التصرفات هي الإرادة المنفردة لا العقد " .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٦/١١٥ ، ٢١٤ ، ٧/٣٣١ — ٣٣٢ .

(٣) والأصل في ذلك عند الحنفية أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشرط الفاسد ، كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى مال والمزارعة والمساقاة .

وكل ما كان معاوضة مال بما ليس بمال لا يبطل بالشرط الفاسد ، كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد ، أو كان من التبرعات كالهبة والقرض ، أو من التقييدات كعزل الوكيل ، أو من الإسقاطات كالطلاق والعتاق ، أو من الإطلاقات كالإذن للصبي بالتجارة ، وأيضا الإقالة والرهن والكفالة والحوالة والوكالة والإيصاء والوصية . =

ثالثا : إن طبيعة التبرع اقتضت التشدُّد في أهلية المتبرع ، فلا يصح التبرع من الصبي المميز .

أما في المعاوضات فيرى الحنفية والمالكية والحنابلة في إحدى الروايتين جواز انعقاد البيع ونحوه من الصبي المميز ، إلا أنه ينعقد موقوفا على إجازة وليه ، وذهب الشافعية والمذهب عند الحنابلة إلى عدم صحتها ، فإذا وقعت من الصبي المُميِّز كانت باطلة لا يترتب عليها أي أثر [1].

المطلب الثالث ـ الآثار المترتبة على عقود التمليكات :

وفيه ثلاثة فروع :

الأول . أثر عقود التمليكات في الفرق بين تمليك الانتفاع وملك المنفعة [2] :

المراد بتمليك الانتفاع : الإذن للشخص أن يباشر هو بنفسه فقط . مثل : الإذن في سكنى المدارس والرباط والمجالس في الجوامع والمساجد والأسواق ومواضع النسك كالمطاف والمسعى ونحو ذلك فلمن أذن له في الانتفاع أن ينتفع بنفسه فقط ، ويمتنع في حقه أن يؤجر أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات . فلو حاول أن يؤجر بيت المدرسة أو يسكن غيره ، أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات امتنع ذلك وكذلك بقية النظائر المذكورة .

= انظر: ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٤٧/٦ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٧٥/٥ ؛ ابن عابدين / **حاشية ابن عابدين** : ٢٤٠/٥ ـ ٢٤١ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ١٩٤/٦ ـ ١٩٥ ؛ حيدر / **درر الحكام** ، شرح(م : ٨٣) : ٧٦/١ .

(١) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ١٧٣/٦ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ٢٩٢/٥ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٤٤/٣ ـ ٣٤٥ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٥١/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٢١/٤ .
وانظر من هذا البحث ، ص : ٨٠ .

(٢) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٥١-٣٥٣ ؛ القرافي/ **الفروق** (٣٠) : ١٨٧/١-١٨٩ ؛ الزركشي/ **المنثور في القواعد** : ٢٢٨-٢٢٩ ؛ ابن رجب/ **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٨٦) : ١٨٨-١٨٩ .
تنبيه : لم يفرق فقهاء الحنفية في الاصطلاح بين ملك المنفعة وتمليك الانتفاع وإن كانوا يقولون بأحكامه . وفرق جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة بينهما . وليس لهذا الخلاف ثمرة حيث أن المعنى متفق عليه بين الفقهاء . انظر : المراجع السابقة .

أما تمليك المنفعة فالمراد به : الإذن للشخص في أن يباشر هو بنفسه أو يمكن غيره من الانتفاع والاستفادة فقط مع المحافظة على العين . وقد يكون ذلك بعوض كالإجارة أو بغير عوض كالعارية . فهو أعم وأشمل من سابقه .

وأشهر العقود التي يستفاد منها ذلك أربعة : الإجارة ، والعارية ، والوقف ، والوصية لأحد بالمنفعة .

بيان ذلك : أن من استأجر دارا أو استعارها مَلَكَ منفعتها ، فله أن يؤجرها من غيره أو يسكنه بغير عوض ويتصرف في هذه المنفعة تصرُّف الملاك في أملاكهم على جرى العادة على الوجه الذي ملكه ، فهو تمليك مطلق في زمن خاص حسبما تناوله عقد الإجارة أو شهدت به العادة في العارية . فمن شهدت له العادة في العارية بمدة كانت له تلك المدة ملكا مطلقا يتصرف كيف يشاء بجميع الأنواع السائغة في التصرف في المنفعة في تلك المدة ويكون تمليك هذه المنفعة كتمليك الرقاب .

ويظهر أثر هذا الفرق في مسائل ، منها : النكاح من باب تمليك الانتفاع لا من باب تمليك المنفعة فإنه يباشره بنفسه وليس له أن يمكن غيره من تلك المنفعة وليس مالكا للمنفعة ولا لبضع المرأة بل مقتضى عقد النكاح أنه انتفع هو خاصة .

ومنها : الوكالة بغير عوض من باب تمليك الانتفاع لا من باب تمليك المنفعة ، وهذا يقتضي أن الموكل ملك من الوكيل أن ينتفع به بنفسه و لم يملك منفعته ، فلا يجوز أن يهب الانتفاع بذلك الوكيل أو يهمله أو يعزله .

أما الوكالة بعوض فهي من باب الإجارة فمن ملك المنفعة فله بيع ما ملك ويمكن منه غيره ما لم يكن الموكل عليه لا يقبل البدل .

ومنها : عقد القراض يقتضي أن رب المال ملك من العامل الانتفاع لا المنفعة ، ولذا ليس له أن يعاوض على ما ملكه من العامل من غيره ولا يؤجره ممن أراد بل له الانتفاع بنفسه بمقتضى العقد بينهما . وكذلك المساقاة والمغارسة .

أما ما ملكه العامل في القراض والمساقاة فهو ملك عين لا ملك منفعة ولا انتفاع .

ومنها : في عقد الوقف إذا صدرت الصيغة من الواقف بتمليك الموقوف عليه الانتفاع كما إذا وقف وقفا على أن يسكن أو على السكنى و لم يزد على ذلك فظاهر اللفظ على أن الواقف إنما ملك الموقوف عليه الانتفاع لا المنفعة ، وعلى هذا فليس للموقوف عليه أن

يؤجره أو يسكنه غيره ؛ لأنه ملك الانتفاع لا المنفعة .فلو صرح الواقف في لفظه بأن للموقوف الانتفاع بالعين الموقوفة بجميع أنواع الانتفاع ، فهذا تصريح بتمليك المنفعة .

الثاني . عقود التمليكات قد تقع على الأعيان أو على المنافع :

ذكر ابن رجب في القاعدة السادسة والثمانين من قواعده ، أن الملك أربعة أنواع :

الأول : ملك عين ومنفعة .

الثاني : ملك عين بلا منفعة .

الثالث : ملك منفعة بلا عين .

الرابع : ملك انتفاع من غير ملك المنفعة [1] .

وفيما يلي أُبيِّن كل نوع من هذه الأنواع مع ملاحظة أن هذا التقسيم الذي ذكره ابن رجب وارد على المشهور ، لوقوع الخلاف بين الفقهاء في تمليك الأعيان [2].

أما النوع الأول : وهو ملك العين والمنفعة فهو الغالب ، ويسمى الملك التام [3] .

---

(١) **القواعد في الفقه الإسلامي** : ١٨٧ .

(٢) فهل يرد الملك على الأعيان ، أم يرد على المنافع فقط ؟
المشهور عند الفقهاء أن الملك يقع على الأعيان إذا كانت الأسباب الشرعية للملك تقتضي امتلاك العين ، ويقع على المنافع إذا كانت الأسباب الشرعية تقصره عليها .
و يرى بعض الفقهاء أن الملكية لا ترد إلا على المنافع أما الأعيان فملكيتها لله سبحانه وتعالى ، ولا ملك للإنسان فيها في الحقيقة والواقع ، لأنه ليس للإنسان سلطان على المادة وإنما سلطانه على منافعها فقط . فعلى هذا جميع الأملاك إنما هي ملك الانتفاع .
والذي أراه راجحا — والله أعلم — أن للإنسان تملُّك الأشياء أعيانا ومنافع بالأسباب المشروعة ، ولا تعارض بين هذا القول وبين كون الملك الحقيقي للأعيان لله سبحانه وتعالى ، لأن ملكية الإنسان هي استخلاف من المالك الحقيقي ، الذي عين لهذه الملكية أسباب قيامها ، وطرق الانتفاع بها ، وكيفية انتقالها ، فالأفراد يملكون الأعيان والمنافع بتمكين من المالك الحقيقي ، وتسليط منه واستخلاف .
انظر : القرافي / **الفروق** : ٢١٧/٣ — ٢١٨ ؛ المكي/ **تهذيب الفروق** : ٢٣٣/٣ ؛ الرصاع/ **شرح حدود ابن عرفة** : ٣٤٥ ، ٤٦٦ ؛ الزركشي/ **المنثور في القواعد** : ٢٢٨/٣ — ٢٢٩ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ١٨٧ — ١٨٨ ؛ أبو زهرة / **الملكية ونظرية العقد** : ٧٢ ؛ العبادي / **الملكية في الشريعة الإسلامية** : ٤١٤/١ .

(٣) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٥١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٢٦ ؛ الزركشي/ **المنثور في القواعد** : ٢٢٩/٣ ؛ ابن رجب/ **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٨٦) : ١٨٨.

والمراد بالملك التام في اصطلاح الفقهاء : ما كان لصاحبه في كمال التصرف بما يجوز شرعا . ويتحقق ذلك عندما يكون المالك مالكا للرقبة والمنفعة معا [١].

والنوع الثاني : ملك العين بدون المنفعة ، ويسمى الملك الناقص ، لأن من كان مالكا للرقبة وحدها لا يكون تصرفه كاملا ، لعدم ملكيته للمنفعة ،كالوصية بالمنافع لواحد وبالرقبة لآخر ، أو تركها للورثة ، وفي هذه الحالة ليس لمالك العين الانتفاع بها بأي وجه ، وليس له التصرف في العين تصرفا يضر بمالك المنفعة .

فإذا انتهت الوصية بموت الموصى له أو انتهاء المدة المحددة في الوصية عادت العين لمالكها ويصبح ملكه تاما [٢].

والنوع الثالث : ملك المنفعة بدون العين ، ويسمى الملك الناقص ، لأن من كان مالكا للمنفعة وحدها لا يكون تصرفه كاملا وإن كان مالكا للمنفعة ومتصرفا فيها ، لعدم ملكيته للرقبة .

وهذا النوع ثابت بالاتفاق وهو ضربان :

أحدهما : ملك مؤبد ، ويندرج تحته صور :

منها : الوصية بالمنافع .

ومنها : الوقف ، فإن منافعه وثمراته مملوكة للموقوف عليه وفي ملكه لرقبته خلاف .

ومنها : الأرض الخراجية المقرة في يد من هي في يده بالخراج يملك منافعها على التأبيد .

الثاني : ملك غير مؤبد ، كالإجارة ومنافع البيع المستثناة في العقد مدة معلومة ، وقد تقدم بيان هذا النوع في الفقرة الأولى من هذا المطلب [٣].

---

(١) انظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٢/٢٥٩ ، ٢٦٣ ؛ الكاساني/ **بدائع الصنائع** : ٩/٢ ؛ الدسوقي/ **حاشية الدسوقي** : ١/٤٣١ ، ٤٥٦ ؛ الزركشي/ **المنثور في القواعد** : ٣/٢٣٨ ؛ البهوتي/ **كشاف القناع** : ٢/١٧٠ ؛ البهوتي/ **شرح منتهى الإرادات** : ١/٣٦٧ .

(٢) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٥١ — ٣٥٢ ؛ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٢٦ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣/٢٣١ ؛ ابن رجب/ **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٨٦) : ١٨٨ ؛ الزرقا/ **المدخل الفقهي العام** : ١/٢٥٩-٢٦٠.

(٣) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٥١ — ٣٥٣ ؛ القرافي / **الفروق** (ف : ٣٠) : ١/ ١٨٧ ، (ف : ١٨٠) : ٣/٢١٢ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٢٦ ؛ الزركشي/ **المنثور في القواعد** : ٣/٢٢٩ ، ٣٣١ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٨٦) : ١٨٨-١٨٩؛ الزرقا/ **المدخل الفقهي العام** : ١/٢٥٧ ، ٢٥٨-٢٦٠ .

والنوع الرابع : ملك الانتفاع ، ومن صوره : إقطاع الإرفاق كمقاعد الأسواق ونحوه ، وقد تقدم بيان هذا النوع في الفقرة الأولى من هذا المطلب [١].

ولست هنا بصدد دراسة أنواع الملك دراسة تفصيلية ، وإنما المراد بيانه في هذا المطلب: علام يقع الملك الناشئ عن عقد ؟ وما الأثر الناتج عن ذلك ؟

يقول الزركشي : التمليك في العقود قد يتعلق بمحل محقق كتمليك الأعيان ، وقد يتعلق بمحل مقدر كتمليك منافع الأبضاع أو الأعيان في منافع الإجارة أو الإعارة فإن منافعها مقدرة تعلق بها تمليك مقدر إلا أن منافع الأعيان مقدرة النقل ومنافع الأبضاع مستقرة غير منقولة [٢].

الثالث ـ أنواع الملكية الناتجة عن عقود التمليكات :

١ـ ملك متميز وغير متميز (شائع) .

أما الملك المتميز فهو : المتعين المحدد غير المختلط بملك الغير ، فهو يتعلّق بشيء معيَّن ذي صورة تفصله عن سواه ، مثل أن يملك الإنسان دارا بأكملها أو أرضا .

وأما الملك غير المتميز (الشائع) [٣] فهو : الملك المتعلق بجزء شائع ، ويسمى بالحصة الشائعة في الشيء المشترك . كأرض مشاعة بين ورثة أو شركاء .

٢ـ ملك تام وملك ناقص .

* * * * *

(١) انظر : القرافي / **الفروق** (ف : ٣٠) : ١/ ١٨٧ ، (ف : ١٨٠) : ٣/٢١٢ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٢٦ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٨٦) : ١٨٩ .

(٢) **المنثور في القواعد** : ٣/٢٢٨-٢٢٩ .

(٣) ويسمى المشاع .

المبحث الثاني : عقود الاشتراكات ، وأمثلتها .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول — بيان المراد بعقود الاشتراكات :

عقود الاشتراكات هي : التي يقصد بها المشاركة في العمل والربح ، كشركة العقد بأنواعها [١].

وتنقسم شركة العقد إلى عدة أقسام تبعا لاعتبارات مختلفة ، وبيانها في المطلب التالي .

المطلب الثاني — أقسام شركة العقد :

وفيه ثلاثة فروع :

الأول . أقسام شركة العقد باعتبار محلها :

تنقسم الشركة بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام [٢] :

الأول : شركة أموال ، فإذا وضع كل واحد من الشركاء مقدارا من المال ليكون رأس مال للشركة وعقدوا الشركة على أن يبيعوا ويشتروا معا أو يبيع ويشتري كل منهم على حدة ، أو مطلقا دون تحديد أن يكون البيع والشراء معا أو على انفراد ، والربح بينهما بحسب اتفاقهم ، تكون الشركة شركة أموال [٣].

الثاني : شركة أعمال ، وتسمى شركة صنائع وشرك أبدان وشركة تقبل ، وذلك إذا جعلوا عملهم رأس مال الشركة ، فإذا عقدوا الشركة على تقبل الأعمال ، بأن عقد الشركة الأجيران المشتركان على تعهد والتزام العمل الذي يطلب من طرف المستأجرين ، وعلى أن يقسموا الكَسْب الذي سيحصل بينهم ، فتكون شركة أعمال [٤].

الثالث : شركة وجوه ، وذلك إذا كانت الشركة تقوم على ما للشريكين من وجاهة عند الناس ، فإذا عقدوا الشركة مع عدم وجود رأس مال لهم على أن يشتروا نسيئة على

---

(١) انظر : بدران / **الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود** : ٤٩٢ .

(٢) هذا التقسيم ذكره الحنفية لشركة العقد باعتبار محلها .
انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٥٥/٦ — ١٥٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٣٣٢) : ٣٦٣/١٠ .

(٣) انظر : حيدر/ **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٣٦٤/١٠ ؛

(٤) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٨٦/٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٣٣٢) : ٣٦٣/١٠ ، (م : ١٣٨٥) : ٤٣٤/١٠ — ٤٣٥ ؛ حيدر/ **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٣٦٤/١٠ ، ٤٣٤ .
وانظر : ص : ١٢٧ .

ذمتهم ويبيعوه نقدا أو نسيئة ، والربح بينهما على ما شرطاه ، فإن شرطا أن المشترى بينهما نصفان والربح كذلك يجوز ، فاستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان ، والضمان على قدر الملك في المشترى . ولعدم رأس المال فيها ، وغلبة وقوعها بين المعدمين تسمى : شركة المفاليس (١).

الثاني ـ أقسام شركة العقد باعتبار التساوي والتفاوت :

وتنقسم شركة العقد بهذا الاعتبار إلى قسمين (٢) :

الأول : شركة مفاوضة .

الثاني : شركة عنان .

وهذا التقسيم بناء على تعريف الحنفية لشركة المفاوضة ، والعنان .

فشركة المفاوضة عند الحنفية هي : التي يتوافر فيها تساوي الشركاء في أمور خمسة ، من ابتداء الشركة إلى انتهائها ؛ لأن عقد الشركة عقد غير لازم ، لكل من الشريكين فسخه متى شاء فكان لبقائه حكم الابتداء (٣).

وهذه الأمور الخمسة تختلف باختلاف نوع الشركة ، ففي شركة الأموال الأمور الخمسة هي :

١- رأس مال الشركة ، ويشمل كل مال للشريكين صالح للشركة .

٢- كل تصرف تجاري في رأس مال الشركة .

٣- الربح .

٤- كفالة ما يلزم كلا من الشريكين من دين التجارة .

٥- أهلية التصرف (٤) .

---

(١) انظر : البابرتي/ **الهداية** : ١٨٩/٦ ــ ١٩٠ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٨٩/٦ ــ ١٩٠ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٣٣٢) : ٣٦٣/١٠ ــ ٣٦٤ ؛ حيدر/ **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٣٦٥/١٠ . وانظر : ص : ١٢٦ .

(٢) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٥٦/٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٣٣١) : ٣٥٩/١٠ ــ ٣٦٠ .

(٣) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٥٦/٦ ؛ البابرتي/ **العناية على الهداية** : ١٥٦/٦ .
جاء في **الهداية** : ١٦٤/٦ : " وإن ورث أحدهما مالا يصح فيه الشركة أو وهب له ووصل إلى يده ، بطلت المفاوضة وصارت عنانا ؛ لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء "

(٤) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ١٥٦/٦ ــ ١٥٧ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٥٥/٦ ــ ١٥٦ ؛ الكاساني/ **بدائع الصنائع** : ٦٠/٦ ــ ٦١ ؛ حيدر/ **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٣٦٠/١٠ ــ ٣٦٢ .

وفي شركة الأعمال : يقوم التقبُّل مقام رأس المال ، وتعهد العمل مقام التصرف فيه ، وكفالة ما يلزم بسبب الشركة مقام كفالة دين التجارة [١].

جاء في الهداية : " وما يتقبله كل واحد من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى أن كلَّ واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر ويبرأ الدافع بالدفع إليه ، وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان " [٢].

جاء في مجلة الأحكام العدلية : " إذا عقد الشريكان في شركة الأعمال على أن لكل واحد منهما أن يتقبل ويلتزم أي عمل كان وأن يكونا ضامنين للعمل ومتعهدين به سوية ومتساويين في المنفعة والضرر وأن يكون كل واحد منهما كفيلا للآخر بما يترتب على أحدهما بسبب الشركة فتكون مفاوضة . وتجوز في هذه الصورة مطالبة أي واحد منهما بأجرة الأجير وأجرة الحانوت ، وإذا ادعى شخص على أحدهما بمتاع وأقر أحدهما فينفذ إقراره حتى ولو أنكره الآخر " [٣]

وفي شركة الوجوه بالإضافة إلى وجاهة الشريكين يقوم ما يلتزمانه في الغرمة من أثمان المشتريات مقام رأس المال [٤].

أما شركة العنان : فلا يراعى فيها شرائط المفاوضة ، فلا يوجد فيها هذا التساوي ، بأن لم يوجد أصلا ، أو وجد عند العقد وزال بعده ، كما لو كان المالان متساويان عند العقد ثم ارتفعت قيمة أحدهما قبل الشراء ، فإن الشركة تنقلب عنانا بمجرد هذا الارتفاع [٥].

جاء في مجلة الأحكام العدلية :" لا يشترط في الشريكين شركة عنان أن يكون رأس مالهما متساويان ، فيجوز أن يكون رأس مال أحدهما أزيد من رأس مال الآخر ، ولا يكون كل واحد منهما مجبورا على إدخال جميع نقوده في رأس المال ، بل لهما أن يعقدا الشركة

---

(١) انظر : الكاساني/ **بدائع الصنائع** : ٦٣/٦ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٣٢٤/٤ .

(٢) ١٨٨/٦ .

(٣) (م : ١٣٥٩) : ٤٠٠/١٠ ــ ٤٠١ .

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٦٥/٦ ؛ ابن عابدين/ **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٣٢٤/٤ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٣٦٠) ، وشرحها **درر الحكام** : ٤٠٢/١٠ .

(٥) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٦٢/٦ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، شرح (م : ١٣٣١) : ٣٦٢/١٠ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٣٦٢) ، وشرحها **درر الحكام** : ٤٠٣/١٠ ــ ٤٠٥، (م : ١٣٦٥) : ٤٠٧/١٠ ــ ٤٠٨ .

على مجموع مالهما أو على مقدار منه ، فلذلك يجوز أن يكون لهما مال يصلح لاتخـاذه رأس مال شركة كالنقد غير رأس مال الشركة " [١].

أما المالكية فلم يشترطوا المساواة في هذه الأمور الخمسة لصحة المفاوضة ، غاية الأمـر عندهم في الفرق بين المفاوضة والعنان ، أن كلا من الشريكين في شركة المفاوضـة يطلـق التصرف لشريكه وليس في حاجة إلى الرجوع لشريكه وأخذ موافقته في كل تصرف مـن تصرفات الشركة . أما في شركة العنان فلا يستبد أحدهمـا بـالتصرف دون إذن صاحبـه وموافقته ، بل يتوقف تصرف كل منهما على إذن الآخر [٢].

وأما الشافعية فهذه الشركة باطلة كما تقدم [٣].

وأما الحنابلة فلشركة المفاوضة عندهم معنيان تقدم بيانهما [٤] ، ولم يشترط الحنابلـة في هذا النوع من الشركة تساوي المالين ، ولا تساوي الشريكين في أهلية التصرف .

وشركة العنان عند الحنابلة داخلة في المفاوضة ؛ لأن المفاوضة الجائزة عند الحنابلة عبارة عن الجمع بين جميع أنواع الشركة من عنان ومضاربة ووجوه وأبدان [٥].

الثالث . أقسام شركة العقد باعتبار العموم والخصوص :

تنقسم الشركة بهذا الاعتبار إلى قسمين :

الأول : شركة مطلقة ، وهي التي لم تقيد بشرط جعلي أملته إرادة شريك أو أكـثر : بأن تُقيَّد بشيء من التجارات دون شيء ، ولا زمان دون زمان ، ولا مكان دون مكـان ، ولا ببعض الأشخاص دون بعض .

الثاني : شركة مقيدة ، وهي التي قيدت بشرط جعلي أملته إرادة شريك أو أكـثر ، كالتي تتقيد ببعض التجارات أو بالأزمنة أو بالأمكنة .

---

(١) (م : ١٣٦٥) : ٤٠٧/١٠ .

(٢) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣٥١/٣ ، ٣٥٩ ؛ التسولي / **البهجة شرح التحفة** : ٢٠٩/٢ — ٢١٠ ؛ البغدادي / **المعونة** : ١١٤٣/٢ — ١١٤٤ .

(٣) انظر من هذا البحث ، ص : ١٢٨ .

(٤) انظر من هذا البحث ، ص : ١٢٧- ١٢٨ .

(٥) انظر : المرداوي / **الإنصاف** : ٤٠٨/٥ ، ٤١٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٢٢/٥ ، ١٢٤ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٢٠/٢ — ٣٢١.
وانظر من هذا البحث ، ص : ١٢٦ ، ١٢٧-١٢٨ .

كأن تُقيَّد بالاتجار في الحاصلات الزراعية فقط ، أو الآلات الميكانيكية وغيرها ، أو تُقيَّد بموسم قطن هذا العام ، أو بمدينة معينه .

ومذهب الحنفية أنه لا يجوز في شركة المفاوضة التقييد ببعض أنواع التجارات دون بعض ، ويجوز في شركة العنان التقييد ببعض أنواع التجارات (١).

جاء في مجلة الأحكام العدلية : " كما يجوز عقد الشركة على عموم التجارات كذلك يجوز عقدها على نوع تجارة خاصة أيضا كعقدها مثلا على تجارة الغلال " (٢)

أما التقييد بالمكان فصحيح ، وفي توقيت الشركة روايتان كما في توقيت الوكالة (٣).

ومذهب المالكية أن شركة المفاوضة نوعان : عامة لم تقيد بنوع من أنواع التجارة دون نوع ، وخاصة بخلافها .

ولا يجوز تأقيت الشركة عند المالكية ، فإن وقعت لأجل فهي فاسدة ، أو يقال هي صحيحة ولكن لا يلزمه البقاء إلى الأجل المحدد (٤).

وينص الشافعية على جواز تقييد تصرف أحد الشريكين ، وإطلاق تصرف الآخر ، ولا يجوز توقيت الشركة بمدة معينة ؛ لأن عقد الشركة عقد معاوضة يقع مطلقا فيبطل بالتوقيت كالبيع (٥).

جاء في مغني المحتاج : " فإن قال أحدهما للآخر اتجر أو تصرّف ، اتجر في الجميع فيما شاء ، وإن لم يقل فيما شئت كالقراض ، ولا يتصرف القائل إلا في نصيبه ما لم يأذن له الآخر فيتصرف في الجميع أيضا ، فإن شرط ألا يتصرف أحدهما في نصيب نفسه لم يصح العقد لما فيه من الحجر على المالك في ملكه ، ومتى عيَّن له جنسا أو نوعا لم يتصرف في غيره " (٦).

---

(١) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٣١١/٤ — ٣١٢ ؛ حيدر / **درر الحكام** ، شرح (م : ١٣٦٥) : ٤٠٧/١٠ — ٤٠٨ ، وشرح (م : ١٣٦٦) : ٤٠٨ .

(٢) (م : ١٣٦٦) : ٤٠٨/١٠ .

(٣) انظر : الحصكفي/ **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٣١٢/٤ ، ٣٢٠ ؛ حيدر/ **درر الحكام** ، شرح (م : ١٣٦٦) : ٤٠٨/١٠ .

(٤) انظر : التسولي/ **البهجة شرح التحفة** : ٢١٠/٢ .

(٥) انظر : العقبي والمطيعي / **تكملة المجموع** : ٣٦٩/١٤ .

(٦) الشربيني : ٢١٣/٢ . وانظر : العقبي والمطيعي / **تكملة المجموع** : ٧٠/١٤—٧١ .

ويرى الحنابلة جواز تقييد الشركة ، لأنهم وإن كانوا يُقرون منها نوعا شاملا لجميع أنواع التصرفات ، فإنهم يُقرون نوعا آخر يمكن أن يقيد فيه الشركاء بعضهم بعضا بقيود معينة [1]، وكذا توقيتها ؛ لأنها تقوم على الوكالة ، وهي مما يجوز توقيتها [2].

* * * * *

(١) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٢٥/٢ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٤٥٨/٥ .

(٢) انظر : ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ١٣٨/٥ .

المبحث الثالث : عقود التفويض[1] وأمثلتها .

عقود التفويض هي : التي تتضمن تفويض الغير وإطلاق يده في التصرف بعمل كان ممنوعا عليه قبل التفويض والإطلاق [2].

فالإذن في العقود يفيد ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله الإذن ، كالإذن للصبي في التجارة ، ، فالأصل أن الصبي المأذون له في التصرف ينفذ تصرفه فيما له فيه نفع ، عند من يجيز تصرفه . أما التصرفات الضارة فلا تصح ولو بالإذن ، ولذلك لا يصح تبرعه ، وما تردد من العقود بين نفع وضرر كالبيع والشراء توقف على الإذن [3] .

والصبي المميِّز المأذون له يملك ما يملكه البالغ ، لكن يشترط لصحة الإذن أن يعقل أن البيع سالب للملك عن البائع ، والشراء جالب له ، ويعرف الغبن اليسير من الفاحش [4].

وكعقد الوكالة ، التي هي إذن بالتصرف ، فيثبت للوكيل التصرف فيما وكل فيه [5] .

---

(١) التفويض لغة : مصدر فوَّض ، يقال فوَّضت إلى فلان الأمر أي صيرته إليه وجعلته الحاكم فيه .
[انظر (م : فوض) : الفيومي / **المصباح المنير** : ١٨٤] .

(٢) انظر : زيدان / **المدخل لدراسة الشريعة** : ٣٧٦ ؛ بدران / **الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود** : ٤٩١ — ٤٩٢ .
وعكسها عقود التقيدات ، وهي : منع الشخص من التصرف ، كعزل الولاة والقضاة ، ونظار الوقف ، والأوصياء ، والقوام على المحجور عليهم ، والوكلاء .
انظر : موسى / **الأموال ونظرية العقد** : ٤٦٤ ؛ بدران / **الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود** : ٤٩٢ . انظر من هذا البحث ، ص : ٥١ .

(٣) انظر من هذا البحث ، ص : ٧٩-٨٠ .

(٤) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ١٧٣/٦ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٢٩٤/٣ ؛ البهوتي / **منتهى الإرادات** : ١٤١/٢ ، ٢٩٦ — ٢٩٧ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير**: ٥٧٨/٤ ، ٥٨١ .

(٥) أما حقوق ما يباشره الوكيل من عقود مأذون فيها فقد اختلف الفقهاء في ذلك :
القول الأول : مذهب الحنفية أن كل عقد لا يحتاج الوكيل فيه إلى إضافته إلى الموكل ، ويكتفي فيه بالإضافة إلى نفسه ، فحقوقه ترجع إلى العاقد — الوكيل — ، كالبيع والشراء والإجارة والصلح الذي في معنى البيع ، فحقوقها ترجع إلى الوكيل وهي عليه أيضا ، فيكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك والمالك كالأجنبي .
وكل عقد يحتاج فيه الوكيل إلى إضافته إلى الموكل فحقوقه ترجع إلى الموكل ، كالنكاح والطلاق على مال والخلع والصلح عن دم العمد ، فحقوق هذه العقود ونحوها تكون للموكل وعليه أيضا ، والوكيل فيها سفير ومعبر محضا .
القول الثاني : ذهب الشافعية في الأصح ، والحنابلة ، إلى أن حقوق العقد كتسليم الثمن وقبض المبيع وضمان الدرك والرد بالعيب ونحوه ، سواء أكان العقد مما تجوز إضافته إلى الوكيل ، كالبيع والإجارة ، أم لا كالنكاح، متعلقة بالموكل ؛ لوقوع العقد له . =

جاء في المهذب : " ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف ؛ لأن تصرفه بالإذن فلا يملك إلا ما يقتضيه الإذن " [١] .

والشركة أيضا [٢]، والقراض (المضاربة) [٣]، والوصاية .

فإنه بمقتضى هذه العقود يثبت لكل من الصبي والوكيل والشريك وعامل القراض والوصي ولاية التصرف الذي تناوله الإذن ، ولا يجوز لهم مخالفة أي عقد يخالف نص الإذن .

* * * * *

= وهو قول المالكية بالنسبة للوكيل الخاص ، أما الوكيل المفوض عندهم فالطلب عليه . [انظر : الكاساني/ **بدائع الصنائع** : ٣٣/٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٤٦١) وشرحها **درر الحكام** : ٥٧٣/١١ — ٥٨١ ؛ الدردير/ **الشرح الصغير وبلغة السالك عليه** : ١٧٠/٢ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٣٥٦/١ — ٣٥٧ ؛ البهوتي/ **شرح منتهى الإرادات** : ٣٠٨/٢ ؛ القاري/ **مجلة الأحكام الشرعية** (م ١٢٢١) :٣٩١] .

(١) ٣٥٠/١ .

(٢) أما حقوق ما يباشره الشريك من عقود مأذون فيها فترجع إليهما . [انظر : الكاساني/ **بدائع الصنائع** : ٦٥/٦ ؛ الشيرازي/ **المهذب** : ٣٤٦/١ — ٣٤٧ ؛ البهوتي/ **شرح منتهى الإرادات** : ٣٢٦/٢] .

(٣) أما حقوق ما يباشره من عقود مأذون فيها فترجع لرب المال . [انظر : الكاساني/ **بدائع الصنائع** : ١١٣/٦ ؛ الشيرازي/ **المهذب** :٣٨٨/١ ؛ البهوتي/ **شرح منتهى الإرادات** : ٣٣٤/٢] .

المبحث الرابع : عقود التوثيقات [(١)]، وأمثلتها .

عقود التوثيق : هي التي يُقصد منها ضمان وفاء الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه [(٢)].

قال ابن نجيم : " واختص الدّينُ بأحكام : منها جواز الكفالة به إذا كان الدّيْن صحيحا وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فلا يجوز ببدل الكتابة لأنه يسقط بدونهما بالتعجيز.

ومنها جواز الرهن بالأعيان الأمانة والمضمونة بغيرها كالمبيع ، وأما المضمونة بنفسها كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد والمبيع فاسدا والمقبوض على سوم الشراء ، فتصح الكفالة والرهن بها لأنها ملحقة بالديون " [(٣)].

وتشمل ثلاثة عقود :

١ــ الرهن : وغاية الرهن توثيقية كالكفالة ، إلا أنه أقوى توثيقا منها ؛ لأنه يوثق الاستيفاء باحتجاز مال يضعه المدين الراهن تحت يد المرتهن ،كما إذا باع رجل قطعة أرض بثمن مؤجل ، فخشي عجز المشتري عن الوفاء أو مماطلته أو غيبته عند حلول الأجل فيطلب منه عند العقد أن يرهنه عين مالية يمكن الاستيفاء من ثمنها عند الحاجة [(٤)].

٢ــ الكفالة : وهي نوعان : كفالة بالدين ، فإذا عجز المدين عن الوفاء لغيبته أو مماطلته ، فيلتزم الكفيل للدائن المكفول له بضمان ما على المدين والوفاء به له عنه . ويطلق أكثر الفقهاء على هذا النوع من الكفالة الضمان [(٥)].

---

(١) وتسمى أيضا عقود التأمينات أو الضمان .

(٢) انظر : موسى/ **الأموال ونظرية العقد** : ٤٦٥ ؛ بدران / **الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود** : ٤٩٢ ؛ **المدخل لدراسة الشريعة** : ٣٧٦ .

(٣) **الأشباه والنظائر** : ٣٥٤ . وانظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٣ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣٢٧/٣ ــ ٣٢٨ ؛ **قواعد الأحكام** : ١٥٥/٢ .

(٤) انظر : الدردير/**الشرح الصغير وبلغة السالك عليه** : ١٠١/٢ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ١٥٥/٢ الشربيني/ **مغني المحتاج** : ١٢١/٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢٢٨/٢ .

(٥) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٩/٦ ، ١٠ ؛ الدردير/ **الشرح الصغير وبلغة السالك عليه** : ١٤٤/٢ ؛ الشربيني/ **مغني المحتاج** : ١٩٨/٢ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ١٥٥/٢ ؛ ابن تيمية / **المحرر** : ٣٣٩/١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٧٠/٥ ، ٧٣٠ .

النوع الثاني : كفالة إحضار : فيلتزم الكفيل بإحضـــار المكفـــول ـــ المديـــن — إلى المكفول له ـــ الدائن ـــ بنفسه وتسليمه له ، فإذا فعل ذلك الكفيل انتهت مهمته وســقطت عنه المطالبة ، سواء أوفّ المدين بالدين أم لم يوف [1].

٣ـــ الحوالة : وتُعدُّ من عقود التوثيق ؛ لأن المدين قد يكون عاجزا عـــن الوفـــاء أو مماطلا ، فيحيل الدائن على آخر ليستوفي منه دينه . وبهذا يتجلى في الحوالة نقل المســـؤولية بالدين [2].

* * * * *

(١) انظر : الدردير/ **الشرح الصغير وبلغة السالك عليه** : ١٤٤/١ ، ١٥١ ؛ الشربيني/ **مغني المحتـاج** : ٢٠٣/٢ ـــ ٢٠٤ ؛ المنهاجي/ **جواهر العقود** : ١٨١/١ ، ١٨٣ ؛ **قواعد الأحكام** : ١٥٥/٢ ؛ ابن تيمية / **المحـرر** : ٣٤١/١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٩٦/٥ .

(٢) انظر : الدردير/ **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣٢٥/٣ ؛ الشربيني/ **مغــني المحتــاج** : ١٩٣/٢ ، ١٩٥ ؛ البهوتي/ **شرح منتهى الإرادات** : ٢٥٦/٢ .

المبحث الخامس : عقود الحفظ ، وأمثلتها .

وهي التي يُراد منها حفظ المال لصاحبه ، كعقد الإيداع ، وبعض خصائص الوكالة[١].

جاء في مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٣١٧) : الإيداع : توكيل رب المال غيره في حفظه بلا عوض [٢].

وجاء في المغني : " وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده ، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره ؛ لأنه رضي بكونه في يده ولم يرجع عن ذلك . فإن طلبه فأخر رده مع إمكانه فتلف ضمنه " [٣] .

*****

(١) انظر : بدران / **الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود** : ٤٩٢ ؛ زيدان / **المدخل لدراسة الشريعة** : ٣٧٦ ؛ الزرقا/ **المدخل الفقهي العام** : ٥٨٣/١ .

(٢) القاري : ٤١٤ . وانظر : البابرتي/ **العناية على الهداية** : ٤٨٥/٨ ؛ القرافي/ **الذخيرة** : ١٣٨/٩ ؛ الشربيني/ **مغني المحتاج** : ٧٩/٣ .

(٣) ٢٢٩/٥ . وَ : ٢٠٣/٥ — ٢٠٤ .

المبحث السادس : عقود الإسقاطات ، وأمثلتها .

سبق ذكر أن عقود الاسقاطات هي ما يقصد بها إزالة حق من الحقوق ، سواء ببدل ، أم بدون بدل [1] .

وعقود الإسقاطات نوعان [2] :

الأول : عقود إسقاطات فيها معنى المعاوضة ، كالطلاق عن مال ، والعفو عن القصاص بالدية .

الثاني : عقود إسقاطات محضة ، كالطلاق المجرد عن المال ، والعفو عن القصاص ، والإبراء عن الدين ، والتنازل عن حق الشفعة .

ففي كل هذه الصور أسقط المالك حقه لا إلى مستحق .

* * * * *

---

(١) انظر ص : ٢٢٠ .

(٢) انظر : الموصلي/ **الاختيار لتعليل المختار** : ٣/١٢١ ، ٤/١٧ ؛ القرافي / **الذخيرة** : ١/١٥٩ ؛ القرافي / **الفروق** : ٢/١١٠ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ٢/٧٠ — ٧١ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ١/٤٤٨ ، ٤٥٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣/١٢١ .

الفصل السابع
أقسام العقود بالنظر إلى اشتراط القبض

ويشتمل هذا الفصل على أربعة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف القبض وكيفيته وأثره في العقود .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف القبض لغة واصطلاحا .

المطلب الثاني : كيفية القبض (طرقه ، وصور تحققه عند الفقهاء) .

المطلب الثالث : أثر القبض في العقود في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : العقود الرضائية وضوابطها .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقد الرضائي .

المطلب الثاني : ذكر ضابط هذا القسم ، وأمثلته .

المبحث الثالث : العقود القبضية (العينية) وضوابطها .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : في القسم الأول : العقود التي يشترط القبض فيها لنقل الملكية .

المطلب الثاني : في القسم الثاني : العقود التي يشترط القبض فيها لصحتها .

المطلب الثالث : في القسم الثالث : العقود التي يشترط القبض فيها للزومها .

المبحث الرابع : قاعدة في العقود التي يشترط قبض المحل فيها قبل التصرف فيه ببيع ونحوه ، والعقود التي لا يشترط فيها ذلك .

المبحث الأول — في تعريف القبض وكيفيته وأثره في العقود .

وفيه ثلاثة مطالب :

القبض هو الأساس الذي يقوم عليه تقسيم العقود إلى رضائية وقبضية [(1)] ، لذا وقبل الحديث عن أقسام العقود بالنظر لهذا الاعتبار لابد أولا من تعريف القبض ، وبيان كيفيته ، وأثره على العقود في الفقه الإسلامي . ويظهر ذلك جليا من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول — تعريف القبض لغة واصطلاحا .

أ . لغة :

القَبْضُ تَنَاوُلُ الشيء بجميعِ الكَفِّ . ومنه قبضُ السيفِ وغيره . ويقال قَبَضَ المالَ أي أخذه بيده ، وقَبَضَ اليدَ على الشيء أي جَمَعَهَا بعد تناوله ، وقَبَضَها عن الشيءِ ، أي جَمَعَهَا قبل تناوله ، وذلك إمساك عنه ، ومنه قيل لإمساك اليد عن البذل والعطاء قَبْض .

والقَبْضُ خلاف البسط . ويستعمل القبض لتحصيل الشيء ، وإن لم يكن فيه أخذ بالكف ، نحو قبضت الدار والأرض من فلان ؛ أي حزتها . ويقال هذا الشيء في قَبْضَة فلان أي في ملكه وتصرفه . ويقال قَبَضْتُهُ عن الأمر ؛ أي عزلته . وتَقَبَّضَ عنه ؛ أي اشمأزّ . وقَبَّضَه المال : أعطاه إياه . وقُبِضَ فلان : مات .

---

(1) تجدر الإشارة إلى أن تقسيم العقد بهذا الاعتبار هو ذاته تقسيم العقد بالنظر إلى الرضائية والشكلية أو من ناحية التكوين ، إلا أن تقسيم العقود إلى رضائية وقبضية أخص .

ذلك أن العقود من ناحية التكوين تنقسم إلى قسمين :

الأول : العقود الرضائية ، وهي التي لا تخضع في انعقادها إلا لمجرد التراضي ، كمعظم العقود .

الثاني : العقود الشكلية ، وهي التي تخضع في عقدها لشيء من الشرائط الشكلية .

بيان ذلك : أن الشرع قد اختص بعض العقود بشروط خاصة لا بد من وجودها لانعقاده ، فعقد النكاح يشترط لصحته الإشهاد عليه فلا ينعقد إلا إذا توافر فيه هذا الشرط الخاص به ، وكاشتراط التسليم في العقود العينية كما سيتبين لنا من خلال هذا الفصل .

وأيضا فإن العقود العينية على العقار من ملكية أو رهن أو ارتفاق الخ ، يشترط فيها في الأحكام القانونية تسجيلها في السجل العقاري إما لأجل انعقادها ؛ أو لكي تسري آثارها ، ويحتج بها على غير العاقدين .

[انظر : الزرقا / **المدخل الفقهي** : ٥٧٦/١ ، ومن هذا البحث ص : ٦] .

والتقابض : صيغة تقتضي المشاركة في القبض ، يقال : تَقَابَضَ المتبايعان : قبض البائع الثمن والمشتري السلعة [١] .

ب - اصطلاحا :

القبض في اصطلاح الفقهاء : حيازة الشيء والتمكن من التصرف فيه ، سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أم لم يكن [٢].

ج - العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي :

إن الناظر المتأمل إلى معنى القبض اللُّغوي والاصطلاحي يجد أن العلاقة بينهما هي العموم والخصوص المطلق ، فالقبض في الاصطلاح الفقهي أخصُّ منه في اللغة ، فكل قبض بالمعنى الاصطلاحي قبض بالمعنى اللُّغوي ولا عكس .

المطلب الثاني — كيفية القبض(طرقه ، وصور تَحقُّقِهِ عند الفقهاء) .

تدلُّ نصوص الفقهاء على أن مبنى القبض ، وأساس مسائله وصوره قائم على العرف ؛ لأن القبض ورد به الشرع وأطلقه ، فيكون الرجوع فيه إلى العرف [٣] .

قال شيخ الإسلام رحمه الله : " والأسماء تُعرَفُ حدودها تارة بالشرع ، كالصلاة والزكاة والصيام والحج ، وتارة باللغة كالشمس والقمر والبر والبحر ، وتارة بالعرف كالقبض والتفريق " [٤] .

ومن ثَمَّ فإن ما ذكره الفقهاء من صور القبض فيما لم يرد فيه نص إنما هو راجع للعرف ، وصور القبض تختلف باختلاف العرف وتتغير بتغيره ، والعرف يختلف باختلاف

---

(١) انظر (م : قبض) : الجوهري / **الصحاح** : ١١٠٠/٣ ؛ الفيروز آبادي / **القاموس المحيط** : ٣٤١/٢ ؛ أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ٧١١/٢ ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ٢١٧ ؛ الأصفهاني / **المفردات في غريب القرآن** : ٣٩١ .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٤٤/٥ ، ٢٤٦ ؛ الحصكفي/ **الدر المختار** : ٥٦١/٤ — ٥٦٢ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل** : ٤٧٧/٤ — ٤٧٨ ؛ القرافي / **الذخيرة** : ١٢٠/٥ ؛ قليوبي / **حاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج** : ٢١٥/٢ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٣) : ٥٤ — ٥٥ .

(٣) انظر : الماوردي / **الحاوي** : ٢٧٤/٦ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٢٦٣/١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٩٨ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣٩١/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي**: ٢٣٨/٤ ؛ ابن تيميه / **القواعد النورانية** : ٨٠ .

(٤) **الفتاوى** : ٤٤٨/٢٩ .

الزمان والمكان . وعلى هذا فكل ما عَدَّهُ العرف قبضا في أي عصر من العصور فهو قبض ، ما دام لم يعارض نصاً شرعياً .

وقد أفاض فقهاؤنا الكرام في ذكر أنواع القبض وكيفيته والصور المتداولة في عصورهم والمحكومة بأعراف زمانهم .

وإتماما للفائدة أذكر آراء الفقهاء في كيفية قبض العقار والمنقول ، والأساس الذي تقوم عليه صور القبض في العصر الراهن .

أما قبض العقار ، فلا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا كان محل العقد عقارا فإنَّ قَبْضَهُ يكون بالتخلية بينه وبين من انتقل الملك إليه ، بحيث يتمكن من الانتفاع به الانتفاع المطلوب عرفا [١] .

جاء في جواهر العقود : " والقبض فيما ينقل : النقل ، وفيما لا ينقل — كالعقار والثمار على الأشجار — التخلية . وقال أبو حنيفة : القبض في الجميع التخلية " [٢] .

وأما قبض المنقول ، فقد اختلف الفقهاء في تحديد القبض فيما إذا كان محل العقد مما يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر ، كما يلي :

ذهب الحنفية إلى أن القبض في المنقول يكون بالتخلية ، كالقبض في العقار ، إلا المكيل والموزون ونحوهما ، فإن قَبْضَهُ يكون باستيفاء قدره[٣] .

وذهب المالكية إلى أن القبض في المنقول يختلف باختلافه ، فإن كان جزافا فبالتخلية ، وإن كان مقدرا فباستيفاء قدره ، وإن كان حيوانا أو ثيابا أو دراهم ونحوها فمرجعه للعرف كاحتياز الثوب وتسليم مِقْوَد الدابة [٤].

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٤٤/٥ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٥٦١/٤—٥٦٢ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٤٥/٣ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل** : ٤٧٧/٤ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ١٥٨/٥ ؛ النووي / **المجموع** : ٢٧٦/٩ ، ٢٨٣ ؛قليوبي / **حاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج** : ٢١٥/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٣٨/٤ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ٣٣٤ و ٣٣٤) : ١٥٢.

(٢) المنهاجي : ٥٩/١ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٤٤/٥ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٥٦١/٤—٥٦٢ .

(٤) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٤٤/٣ — ١٤٥ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ١٥٨/٥ .

وذهب الشافعية إلى أن القبض في المنقول يُرجَعُ فيه للعرف ، فما ينقل في العادة ، كالأخشاب والحبوب فَقبْضُهُ بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به ، وما استحق كيله أو وزنه من السلع ، فإن قَبْضَهُ بالكيل أو الوزن ثم نقْلُهُ بعد تقديره ، وما يُتنَاوَلُ باليد كالدراهم والدنانير والمنديل والثوب والكتاب ونحوها فقبْضُهُ بالتناول [(١)] .

وذهب الحنابلة إلى أن القبض في المنقول يختلف باختلافه ، فهو في كل شيء بحسبه ، فإن كان جزافا فقبْضُهُ بنقله ، وإن كان مكيلا أو موزونا فقبْضُهُ بكيله أو وزنه ، وإن كان دراهم ونحوها فقبْضُه بتناوله باليد ، وإن كان ثيابا فقبضها نقلها ، وإن كان حيوانا فقبْضُه تمشيته من مكانه . وفي رواية أخرى عن الإمام أحمد أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز ؛ لأن التخلية من غير حائل تكون قبضا كالعقار [(٢)].

ومن هذا العرض يتبين لنا أن اتجاهات الفقهاء تنحصر في اتجاهين :

الأول يرى عدم التفرقة بين جميع أنواع المعقود عليه حيث يتم قبضها بالتخلية فقط . وهذا مذهب الحنفية ، وأحمد في رواية .

والاتجاه الثاني يرى التفرقة بين العقار ، والمنقول ، مع اختلافهم في كيفية قبض المنقول. وهذا مذهب المالكية ، والشافعية ، والحنابلة .

والذي أُرَجِّحُهُ من هذه الأقوال أن المنقول إذا كان مقدرا فقبضه يكون باستيفاء قدره، عملا بالأحاديث الصحيحة المُصرِّحة بالأمر بالكيل فيما بيع بالكيل [(٣)] . وهو مذهب جمهور الفقهاء .

---

(١) انظر : النووي / **المجموع** : ٩/٢٧٥ — ٢٧٧ ، ٢٨٣ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ٢/٧٢ ؛ قليوبي/ **حاشية قليوبي على منهاج الطالبين**: ٢/٢١٦ — ٢١٧.

(٢) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤/٢٣٨ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م:٣٣٣ و ٣٣٦) : ١٥٢ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٣) : ٥٤ .

(٣) يُذْكَرُ عَنْ عُثْمَانَ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لَهُ: ((إِذَا بِعْتَ فَكِلْ وَإِذَا ابْتَعْتَ فَاكْتَلْ)) البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٥/٧٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، بَاب الْكَيْلِ عَلَى الْبَائِعِ وَالْمُعْطِي (٥١) .

وإن كان جزافا فقَبْضُهُ بنقله من مكانه عملا بالأحاديث الصحيحة المُصرِّحة بالنـــهي عن بيع الجزاف حتى ينقل [١] .

وفيما عدا ذلك يكون قَبْضُهُ حسب العرف . ـــ والله أعلم ـــ

وفي ضوء ما سبق فإنَّ عملية القبض في عصرنا الحاضر مَبنيَّة على العرف ، فكل مـــا عدَّهُ العرف قبضا فهو قبض ، ما دام لم يعارض نصاً شرعياً .

كما أن عملية القبض في عصرنا الحاضر ليست في جميع صورها حديثة ، بل إن كثـيرا من صورها لا تزال باقية مثل قبض العقار سواء أكان أرضا أم بناء ، وكذلك الأشياء الـتي لا يمكن نقلها دون تغيير في شكلها كالمصانع ، فقبضها بالتخلية كما ذكر الفقهاء .

وأما المنقولات فهذه التي يمكن الاختلاف فيها حسب العصور والأزمان حيث جَـدَّت معاملات حديثة ، وتطوَّرت كيفيـــة القبـــض ، ولا ســـيما في نطـــاق الســـلع والنقـــود (الصرف) [٢].

المطلب الثالث ـــ أثر القبض في العقود في الفقه الإسلامي .

أن للعقد علاقة وثيقة بالقبض ، فالعقد في الشرع الإسلامي يتم وتترتب آثاره عليــــه بتمام الإيجاب والقبول ، وهذا هو الأصل في العقود ، إلا أن هناك طائفة من العقود لا تكفي صيغة العقد في ترتُّب آثارها عليها ، بل يشترط فيها قبض العين التي هي موضوع العقد لكي يتم العقد وتترتَّب عليه آثاره ؛ إما لأن بعض هذه العقود ضعيفة بطبيعتها فلا يكفي لتمامـــها مجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين بل يشترط إضافة إلى ذلك القبض بالإذن ، وذلك كعقد الهبة والرهن وغيرهما ، وقد يكون اشتراط القبض في طائفة من هذه العقود تفاديا من الوقوع في الربا ، كعقد الصرف ، وعقد بيع الأموال الربوية بجنسه أو بغير جنسه .

---

(١) روى مسلم عن ابن عمر أنه قال : ((كَانُوا يُضْرَبُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا اشْـــتَرَوْا طَعَامًا جزَافًا أَنْ يَبِيعُوهُ فِي مَكَانِهِ حَتَّى يُحَوِّلُوهُ)) .

مسلم ، **الصحيح** : ١١٦١/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب بطلان بيع المبيع قبـــل قبضـــه (٨) ، حديـــث (١٥٢٧/٣٧) .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٨٤/٥ ، كتاب البيوع (٣٤)، باب من رأى إذا اشـــترى طعامـــا جزافا أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله والأدب في ذلك (٥٦)، حديث (٢١٣٧) .

(٢) انظر في صور القبض المعاصرة بحث الدكتور علي محي الدين القرة داغي ، ((القبض : صـــوره ، وبخاصـــة المستجدة منها ، وأحكامها)) ، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة السادسة ، العدد السادس ، الجزء الأول ، ١٤١٠هـ ـــ ١٩٩٠م : ٥٨٦ ـــ ٥٩١ .

وهذه الطائفة من العقود تسمَّى بالعقود القبضية ، أي التي يتوقف فيها تمام العقـــد أو صحته على القبض ، وتسمَّى هذه العقود بلغة الحقوق (العقود العينية) [١].

وإذا فالعقود بالنظر إلى اشتراط القبض تنقسم إلى قسمين [٢] :

القسم الأول : ـــ عقود رضائية .

القسم الثاني : ـــ عقود قبضية ، وهي ثلاثة أقسام :

القسم الأول ـــ عقود يُشترطُ القبض فيها لنقل الملكية .

القسم الثاني ـــ عقود يُشترطُ القبض فيها لصحتها .

القسم الثالث ـــ عقود يُشترطُ القبض فيها للزومها .

وأتناول من خلال المباحث التالية بيان هذه الأقسام تفصيلاً على النحو التالي .

* * * * *

---

(١) انظر : الخفيف / **أحكام المعاملات الشرعية** : ٢١٨ ـــ ٢١٩ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٣٣٦/١ ـــ ٣٣٨ .

(٢) انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٠ ـــ ٢٨١ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعـــد** : ٤٠٦/٢ ؛ ابـــن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق: ٤٩) : ٦٨ . وانظر : (ق: ٥١) : ٧١ وما بعدها .

المبحث الثاني ــ العقود الرضائية وضوابطها .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول ــ تعريف العقد الرضائي :

العقد الرضائي هو : ما كان يكفي في انعقاده ارتباط الإيجاب بالقبول ، ولا يشترط فيه قبض المعقود عليه حين العقد في الجملة .

فرضا المتعاقدين وحده هو الذي يُكوِّن العقد ،كعقد البيع المطلق ، والإجارة ، والنكاح ، والصداق ، وعوض الخلع ، والوصية ، والوكالة ، والحوالة ، ونحوها . فهذه العقود تنعقد وتلزم من غير قبض ؛ لأن القبض فيها أثرٌ من آثار العقد وموجبٌ من موجباته [١] .

فإذا تم انعقاد هذه العقود وأمثالها وجب تسليم محل العقد لما ذكر .

يقول ابن تيميه : " والمقصود من العقود : إنما هو القبض والاستيفاء . فإن المعاقدات تفيد وجوب القبض وجوازه ، بمترلة إيجاب الشارع ، ثم التقابض ونحوه وفاء بالمعقود ، بمترلة فعل المأمور في الشرعيات " [٢] .

المطلب الثاني ــ ذكر ضابط هذا القسم وأمثلته :

ضابط هذا القسم : أن ما كان القبض فيه من مقتضى العقد وموجبه فإنه يلزم من غير قبض .

فالبيع مثلاً ينعقد بالإيجاب والقبول ، وتترتب عليه آثاره من انتقال ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع سواء أحصل التقابض بينهما أم لا ، وهذا باتفاق الفقهاء [٣] .

فإذا تم العقد وجب على البائع تسليم المبيع للمشتري ، ووجب على المشتري تسليم الثمن للبائع ، فالقبض في البيع من موجب العقد ومقتضاه [٤].

---

(١) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٠٦/٢ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق: ٤٩): ٦٨ .

(٢) **القواعد النورانية** : ٨٠ .

(٣) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٤٧ ؛ البغدادي / **المعونة** : ٩٧٣/٢ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣/٣ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٠٦/٢ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣١٨ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٨) : ٦٦ ، (ق : ٤٩) : ٦٨ .

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٤٣/٥ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ٨٢/٥ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٥٢٤/٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٠٩/٤.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الملك — وإن كان — ينتقل في البيع بمجرد العقد ، إلا أن ملكية العاقدين للمعقود عليه لا تستقر إلا بالقبض ، والمراد بالاستقرار هنا : الأمن من انفساخ البيع بتلف المبيع .

وبهذا صرح الحنفية ، والشافعية [١] .

وعند المالكية والحنابلة فإن البيع متى كان صحيحا فإنه لا ينفسخ بتلف المبيع قبل القبض ، إلا في بعض المسائل [٢] .

والإجارة تنعقد بمجرد الإيجاب والقبول أيضا ، وتترتب عليها آثارها من ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر ، وفي الأجرة المسمَّاة للمؤجر ، وهو حكمها الأصلي [٣].

واختلف الفقهاء في وقت ثبوت ملكية المستأجر للمنفعة ، وملكية المؤجر للأجرة على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية [٤]والمالكية [٥] إلى أن المؤجِّر لا يملك الأجرة بنفس العقد ، وإنما يملكها بالاستيفاء ، أو التمكن منه ، أو بالتعجيل أو بشرط التعجيل ، كما لا يملك المستأجر المنافع بالعقد ؛ لأنها تحدث شيئا فشيئا ، وإنما يملكها بالاستيفاء أو يوما فيوما.

أما ملك الأجرة في الإجارة بالتعجيل من غير شرط ؛ فلأن المؤجر لما عجَّلها فقد غير مقتضى مطلق العقد ، وله هذه الولاية ؛ لأن التأخير ثبت حقا له فيملك إبطاله بالتعجيل [٦].

---

(١) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٥٠ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨١ ، ٣٢٥ .

(٢) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٤٦-١٤٧ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٨٨/٢ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٠١/٤ .

وهناك أحكام تبعية تنظر في مظانها حيث لا تسمح طبيعة البحث بالخوض فيها . منها : التزام المؤجر بتسليم العين المستأجرة وتمكين المستأجر من الانتفاع بها . ومنها : ثبوت حق استيفاء المنفعة للمستأجر والتزامه بالمحافظة على العين المستأجرة ، وغيرها .

(٤) انظر : ابن نجيم /**الأشباه والنظائر** : ٣٤٨ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٠١/٤ — ٢٠٣ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** : (م : ٤٦٦) : ٤٤٧/٢ ، (م : ٤٦٧) : ٤٤٨/٢ ، (م : ٤٦٨) : ٤٤٩/٢ ، (م : ٤٦٩) : ٢/ ٤٥١ ، (م : ٤٠٧) : ٤٥٣/٢ .

(٥) انظر : **بداية المجتهد** : ١٧٢/٢ ؛ **القوانين الفقهية** : ١٨١ .

والقاعدة عند المالكية أن الثمن في البيع الأصل فيه التعجيل ، والأجرة في الإجارة على التأجيل إلا في مسائل يجب فيها تعجيل الأجرة . هذا على وجه الإجمال وللمالكية تفصيل في ذلك . انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣/٤ — ٤ .

(٦) الكاساني / **بدائع الصنائع** (بتصرف) : ٢٠٣/٤ .

ولأن العقد سبب استحقاق الأجرة ، وقد انعقد ، والاستحقاق وإن لم يثبت فقد انعقد سببه ، وتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جائز [1].

وأما ملكها بشرط التعجيل فلأن ثبوت الملك في العوضين في زمان واحد لتحقيق معنى المعاوضة المطلقة ، وتحقيق المساواة التي هي مطلوب العاقدين ، ومعنى المعاوضة والمساواة لا يتحقق إلا في ثبوت الملك فيهما في زمان واحد ، فإذا شرَطَ التعجيل فلم توجد المعاوضة المطلقة بل المقيدة بشرط التعجيل ، فيجب اعتبار شرطهما لقوله صلى الله عليه وسلم : ((الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ)) [2] . فيثبت الملك في العوض قبل ثبوته في المعوض [3] .

وأما إذا استوفى المستأجر المنفعة فيملك المؤجر العوض في مقابلته ؛ تحقيقا للمعاوضة المطلقة [4] .

القول الثاني : ذهب الشافعية [5] والحنابلة [6] إلى أن المؤجر يملك الأجرة بنفس العقد ، ويجب تسليمها بتسليم العين والتمكين من الانتفاع وإن لم ينتفع فعلا [7]. وكذلك المستأجر يملك المنافع بالعقد ؛ استنادا للقاعدة الفقهية : " من ملك شيئا بعوض ملك عليه عوضه في آن واحد " [8] . فإن الأصول موضوعة على أن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض ليستوي حكم المتعاقدين فيما يملكانه من عوض ومعوض ، فلا يكون حظ أحدهما فيه أقوى من حظ الآخر ؛ كالبيع إذا سلم المبيع فيه وجب تسليم الثمن ، وكالنكاح إذا حصل

---

(١) انظر : المرجع السابق : ٤/٢٠٣ .

(٢) تقدم تخريجه ، ص : ٢٩.

(٣) الكاساني / **بدائع الصنائع** (بتصرف) : ٤/٢٠٣ .

(٤) انظر : المرجع السابق .

(٥) انظر : الماوردي / **الحاوي** : ٩/٢١١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٢٠ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢/٣٣٤ .

(٦) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٦/ ٧ ، ١٧ — ١٨ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٨) : ٦٦.

(٧) أما إذ كانت الإجارة على عمل ، فإن الأجر يُمْلَكُ بالعقد أيضا لكن لا يستحق تسليمه إلا عند تسليم العمل ، وإنما توقف استحقاق تسليمه على العمل ؛ لأنه عوض فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض كالصداق والثمن في البيع ، وفارق الإجارة على الأعيان ، فإن تسليمها جرى مجرى تسليم نفعها . [ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** (بتصرف) : ٦/ ١٩ — ٢٠] .

(٨) ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٨) : ٦٦.

التمكين وجب تسليم الصداق . كذلك الإجارة إذا حصل تسليم المنفعة ، وجب تسليم الأجرة والمنافع بالتمكين مقبوضة حكما [١] .

ولأن ما لزم من عقود المنافع المالية استحق العوض فيه بمطلق العقد ، كالثمن والصداق [٢].

ويدل على ملكية المستأجر المنفعة المعقود عليه بالعقد ، جواز تصرفه فيها في المستقبل [٣].

ولا يشترط الاستيفاء عند الشافعية والحنابلة ، وإن كان استيفاء الأجرة ، أو قبض العين المستأجرة ، وإمساكها مدة الإجارة شرط لاستقرار الإجارة [٤].

فإن قيل إن المنافع معدومة لم تُملَك ولو مُلِكت فلم يتسلمها لأنه يتسلمها شيئا فشيئا ، فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد .

فالجواب أن المنافع مقدرة الوجود ؛ لأنها جعلت موردا للعقد ، والعقد لا يرد إلا على موجود [٥].

والقول الثاني هو الراجح ، لقوة دليله والله أعلم .

والنكاح تترتب عليه آثاره بمجرد العقد ولا يحتاج انعقاده إلى قبض المنكوحة ، أو إلى قبض الصداق ، وإنما القبض فيه أثرٌ من أثاره وموجبٌ من موجباته .

ولا خلاف بين الفقهاء أن عقد النكاح الصحيح سبب في وجوب الصداق للزوجة ، يقول ابن رجب رحمه الله : وأما النكاح فتستحق المرأة فيه المهر بالعقد ولها الامتناع من التسليم حتى تقبضه في المذهب ، ونقله ابن المنذر اتفاقا من العلماء [٦] .

إلا أن الفقهاء اختلفوا في تملُّك المرأة للصداق بالعقد وعدم تملُّكها على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية في قول ، والشافعية ،

---

(١) الماوردي / **الحاوي** (بتصرف) : ٩/٢١١ .

(٢) انظر : **الحاوي** : ٩/٢١٢ ؛ **المغني على مختصر الخرقي** : ٦/ ١٨ .

(٣) انظر : **مغني المحتاج** : ٢/٣٣٤ ؛ **المغني على مختصر الخرقي** : ٦/ ١٧ — ١٨.

(٤) انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨١ ، ٣٢٥ ؛ **المغني على مختصر الخرقي** : ٦/٢٠ .

(٥) انظر : **المغني على مختصر الخرقي** : ٦/ ١٨ .

(٦) **القواعد في الفقه الإسلامي** (بتصرف) : ٦٧. وانظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢/٢٧٤ ، ٢٨٧ ؛ ابن المنذر / **الإجماع** : ٣٩.

والمذهب عند الحنابلة [١] ، إلى أن المرأة تملك الصداق بالعقد قبل القبض ، وصرح الحنفية والحنابلة أن ملك الزوجة للصداق لا يستقر إلا بالدخول أو الخلوة أو الموت [٢] ، وعند الشافعية يستقر بالدخول أو الموت ، ولا يتوقف استقراره على القبض ؛ لأنه لو هلك لم ينفسخ النكاح [٣] .

أدلة هذا القول :

استدلَّ جمهور الفقهاء على صحة مذهبهم بالكتاب ، والمعقول :

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [٤].

وجه الدلالة من الآية :

أمر الله سبحانه وتعالى بدفع جميع الصداق إلى النساء ، فاقتضى ذلك أن يكون جميعه حقا لهن . ثم إن إضافة جميع الصداق إليهن تقتضي أن يكون ملكه لهن [٥] .

وأما المعقول فالاستدلال به من وجوه :

١- إن الأصل في الأعواض وجوبها بالعقود فإنها أسبابه ، والأصل ترتب المسببات على أسبابها ، فيجب الصداق كله بالعقد [٦] .

٢- ولأنه عقد معاوضة ، والمعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين في وقت واحد ، وقد ثبت الملك في أحد العوضين وهو البضع عقب العقد ، فيثبت في العوض الآخر عقبه ، تحقيقا للمعاوضة المطلقة ، كالبيع [٧] .

---

(١) انظر : ابن نجيم /**الأشباه والنظائر** : ٣٤٩ ؛ القرافي / **الفروق** (ف : ١٥٥) : ١٤١/٣ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٢٤ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٥٧/٢ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٨) : ٦٦ ؛ ابن قدامة / **الكافي في فقه الإمام أحمد** : ٩٣/٣ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٤٠/٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٩/٨.

(٢) انظر : ابن نجيم /**الأشباه والنظائر** : ٣٥٠ ؛ **الكافي في فقه الإمام أحمد** : ٩٥/٣ .

(٣) انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٢٥ .

(٤) سورة النساء : آية ٤ .

(٥) انظر / **الحاوي** : ٣٦/١٢ .

(٦) انظر : القرافي / **الفروق** (ف : ١٥٥) : ١٤٢/٣ .

(٧) الكاساني / **بدائع الصنائع** (بتصرف): ٢٨٨/٢ . وانظر : ابن قدامة / **الكافي في فقه الإمام أحمد** : ٩٣/٣ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٣٦/١٢ — ٣٧ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٩/٨ .

٣- " ولأنه لما كان لها المطالبة بجميعه قبل الدخول وحبس نفسها به إن امتنـــع ، وأن تضارب بجميعه مع غرمائه إن أفلس ، دلَّ على أنها مالكة لجميعه ، لأنه لا يجوز أن يثبت لهـا حقوق الملك مع عدم الملك " [١] .

القول الثاني : ذهب المالكية [٢] في الأشهر إلى أن المرأة لا تملك الصداق بالعقد قبـــل القبض .

دليل هذا القول :

أن الصداق شرط في الإباحة ، وشأن الشرط أن يتعين ثبوته عند ثبوت المشروط . يدل على هذا أن الناس لا يقصدون بالصداق المعاوضة بل التحمل بشهادة العادة أن العقـــلاء لا يقصدون الوطأة الأولى بالصداق .

وأيضا فإن صاحب الشرع لم يرد المعاوضة بدليل أنه لم يشترط فيه شروط الأعـــواض من نفي الجهالة للمرأة بل يجوز العقد على المجهول مطلقا ، و لم يتعرَّض لتحديد مدة الانتفـاع أيضا ، وذلك وشبهُهُ دليل على عدم القصد إلى المعاوضة وأنه إنما جعلـــه شـــرطا لأصـــل الإباحة ، فإذا كان الأمر كذلك فلا يُقرَرُ شيءٌ من الصداق إلا عند الدخول أو الموت ؛ لأن العقد إنما التزم إلى أقصر الزوجين عمرا أو بالفراق و لم يجعله كالثمن [٣].

القول الثالث : ذهب المالكية في قول ، ورواية عن الإمام أحمد [٤] ، إلى أن المرأة تملك نصف الصداق بالعقد ، والنصف الآخر غير متقرر حتى يسقط بالطلاق أو يثبت بـــالدخول أو الموت .

دليل هذا القول :

أن ترتيب الحكم على الوصف يدل على سببيَّته لـــه ، وقـــد قـــال تعـــالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [٥] ، فيجـــب

---

(١) الماوردي /**الحاوي** : ٣٧/١٢ .

(٢) انظر : القرافي / **الفروق** (ف :١٥٥) : ١٤١/٣ .

(٣) انظر : القرافي / **الفروق** (ف :١٥٥) : ١٤١/٣ ؛ المكي / **تهذيب الفـــروق** (ف : ١٥٥) : ١٧٦/٣- ١٧٧ .

(٤) انظر : القرافي / **الفروق** (ف :١٥٥) : ١٤١/٣ ؛ المكي / **تهذيب الفروق** (ف : ١٥٥) : ١٧٦/٣ ؛ ابن قدامة / **الكافي في فقه أحمد** : ٩٣/٣ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

النصف بالطلاق خاصة ويبقى النصف الآخر موقوفا على سبب آخر وهو الموت أو الدخول [١] .

والراجح في نظري من هذه الأقوال ــ والله أعلم ــ هو مذهب جمهور الفقهاء الذي يرى أن المرأة تملك الصداق بالعقد ، لقوة أدلتهم .

وأيضا فإنَّ استرجاع الزوج نصف الصداق إذا طلقها قبل الدخول ، لا يمنع أن تكون مالكة لما استرجعه ، كما لو ارتدَّت قبل الدخول ، أو فسخت نكاحه بعيب ، استرجع جميع الصداق ، ولم يمنع أن تكون مالكة لما استرجعه ، وكما يسترجع المشتري الثمن إذا رد بعيب ، ولا يمنع أن يكون البائع مالكا له [٢] .

وأما الوصية ، والوكالة ، والحوالة فلا يُشترَط لانعقادها قبض المعقود عليه .

والخلاصة أن هذه الطائفة من العقود لا يُشترط فيها القبض فرضا المتعاقدين وحده هو الذي يُكوِّن العقد ، والقبض فيها أثرٌ من آثار العقد وموجبٌ من موجباته ، إلا أن بعض العقود الرضائية يُشترَطُ القبض في استقرارها ، ومعنى كون القبض شرطاً للاستقرار أن العقد يتم ويلزم بمجرد الإيجاب والقبول إلا أن ملكية العاقدين للمعقود عليه لا تستقر تماما إلا بالقبض ، مثل البيع في غير الربويَّات ، والسلم بالنسبة للمسلم فيه ، والإجارة ، والصداق ، ونحوها .

* * * * *

(١) انظر : القرافي / **الفروق** (ف :١٥٥) : ٣/١٤٢ ؛ المكي / **تهذيب الفروق** (ف : ١٥٥) : ٣/١٧٧ .

(٢) انظر : الماوردي / **الحاوي** : ١٢/ ٣٧ .

المبحث الثالث ـ العقود القبضية ـ العينية ـ وضوابطها .

وفيه ثلاثة مطالب :

هذه الطائفة من العقود يُشتَرطُ فيها قبض المعقود عليه ـ محل العقد ـ حين العقد . وتُسمَّى ـ كما سبق ـ بالعقود القبضية أو العينية .

وتنقسم العقود القبضية بالنظر إلى اشتراط القبض فيها إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول ـ عقود يُشترطُ القبض فيها لنقل الملكية .

القسم الثاني ـ عقود يُشترطُ القبض فيها لصحتها .

القسم الثالث ـ عقود يُشترطُ القبض فيها للزومها [1].

وبيان هذه الأقسام كما يلي :

المطلب الأول ـ في القسم الأول : العقود التي يُشترطُ القبضُ فيها لنقل الملكية .

وفيه أربعة فروع :

الأول ـ القرض :

اختلف الفقهاء في اشتراط القبض في القرض لنقل الملكية من المقرض إلي المقترض على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية في القول المعتمد عندهم [2]، والشافعية

---

(١) انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٠ ـ ٢٨١؛ الزركشي/ **المنثور في القواعد** : ٤٠٦/٢ ؛ ابن رجب/ **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق: ٤٩) : ٦٨ . وانظر : (ق: ٥١) : ٧١ وما بعدها .

وجاء في **درر الحكام** : ٣٥٠/٧ : العقود الموقوف تمامها على القبض هي اثنا عشر عقدا وهي : (١) الهبة (٢) الصدقة (٣) الرهن (٤) العمري (٥) النحلة (٦) الصلح (بعض أقسامه) (٧) رأس مال السلم (٨) إذا ظهر بعض رأس مال السلم زيوفا قبض بدله بذلك المجلس (٩) الصرف (١٠) الكيل إذا بيع بكيل من جنس آخر قبض بدله بذلك المجلس (١١) الوزن إذا بيع بوزن من جنس آخر قبض بدله بمجلس البيع (١٢) البيع الفاسد .

وانظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٦٩٠/٥ .

(٢) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ١٦٤/٥ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٩٦/٧ ؛ ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٤٨ .

في الأظهر [١]، والحنابلة [٢]، إلى اشتراط القبض لنقل ملكية العين المقترضة إلى المقترض .

وعلى هذا : لا يملك المقترض التصرف في العين المقترضة قبل القبض والحيازة ؛ لعدم الملك ، فإن قبضها ملك التصرف فيها بما شاء .

وقال الشافعية : إنَّ الملك في القرض غير تام ؛ لأنه يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ [٣].

واستدلَّ جمهور الفقهاء على صحة مذهبهم بما يلي :

أولا ــ أن مأخذ اسم القرض دليل عليه ؛ لأن القرض في اللغة القطع ، فيدل على انقطاع ملك المُقرِض بنفس التسليم [٤].

ثانياً ــ " أن المستقرض صار بسبيل من التصرفات في القرض من غير إذن المقْرِض بيعاً وهبة وصدقة وسائر التصرفات وإذا تصرف نفذ تصرفه ولا يتوقف على إجازة المقرض وهذه إمارات الملك" [٥].

القول الثاني : ذهب المالكية [٦] إلى أن المقترض يملك القرض بالعقد وإن لم يقبضه ، ويصير مالا من أمواله ويقضى له به ، ككل معروف من هبة وصدقة وعارية .

(١) انظر : الماوردي / **الحاوي** : ٤٣٥/٦ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٥/٤ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ١٢٠/٢ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٣٠٣/١ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٠٦/٢ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٢٠ ؛ ابن حجر / **تحفة المحتاج** : ٤٨/٥ .

(٢) انظر : البهوتي / **كشاف القناع** : ٣١٤/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٨٤/٤ ؛ ابن تيميه / **المحرر في الفقه** : ٣٣٤/١ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ١٢٥/٥ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق: ٤٩) : ٦٨.

(٣) انظر : الشيرازي / **المهذب** : ٣٠٣/١ .

(٤) الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٩٦/٧ (بتصرف) .

(٥) الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٩٦/٧ . وانظر : **الماوردي / الحاوي** : ٤٣٥/٦ .

(٦) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٢٢٦/٣ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ٢٣٢/٥ ؛ التسولي /**البهجة شرح التحفة** : ٢٨٨/٢ ؛ التاودي /**حلي المعاصم** : ٢٨٨/٢ .

القول الثالث : ذهب أبو يوسف من الحنفية [١]، والشافعية في القول المقابل للأظهر [٢] إلى أن القرض لا يُملَكُ بالقبض ما لم يستهلك .

فالمقترض إنما يملك المال المقترض بالتصرف [٣]، فإذا تصرف تبين ثبوت ملكه .

واستدلَّ أصحاب هذا القول على صحة مذهبهم بما يلي :

أن الإقراض إعارة ، بدليل أنه لا يلزم فيه الأجل ، إذ لو كان معاوضة ، للزم فيه كمـا في سائر المعاوضات . ولأنه لا يملكه الأب والوصي والعبد المأذون والمكـاتب ، وهـؤلاء يملكون المعاوضات . وبدليل إقراض الدراهم والدنانير ، فإنه لا يبطل بالافتراق قبل قبـض البدلين ، ولو كان مبادلة لبطل لأنه صرف والصرف يبطل بالافتراق قبل البدلين . فثبت بهذه الدلائل أن الإقراض إعارة ، فتبقى العين على حكم ملـك المقـرض قبـل أن يسـتهلكها المقترض [٤].

وأجيب عن هذا ، بأن القرض يفارق العارية ، لأن المعير لم يزل ملكه عنها ، ولأنـه لا يملك المطالبة بمثلها مع وجودها ، بخلاف القرض [٥] .

الترجيح :

بالموازنة بين أقوال الفقهاء السابقة ، يظهر لي — والله أعلم — رجحان قول جمـهور الفقهاء الذي يرى أن القبض شرط لانتقال الملكية في القرض ؛ لقوة أدلتهم ، ولأن القـرض عقد اجتمع فيه جانب المعاوضة وجانب التبرع ، لكن جانب التبرع فيه أرجـح ، فكـان كباقي التبرعات لا تنتقل الملكية فيه إلا بالقبض .

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٩٦/٧ ؛ ابن عابدين / **الدر المختار وحاشية ابـن عـابدين عليـه** : ١٦٤/٥ .

(٢) انظر : النووي / **روضة الطالبين** : ٣٥/٤ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٣٠٣/١ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٠٧/٢؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٢٠.

(٣) المراد بالتصرف : كل عمل يزيل الملك ، كالبيع والهبة والاعتاق والإتلاف ، ولا يكفـي الرهـن والـتزويج والإجارة وطحن الحنطة وخبز الدقيق وذبح الشاة . [انظر : النووي / **روضة الطالبين** : ٣٥/٤ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٢٠]

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٩٦/٧ .

(٥) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٨٤/٤ .

ثمرة الخلاف [١] :

تظهر ثمرة الخلاف بين ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وما ذهب إليه المالكية في مسائل : منها : إذا هلكت العين المقترضة بعد العقد وقبل القبض ، فعلى من يقع ضمانها ؟ فعلى القول الأول ضمانها على المقرض لأنها لم تزل على ملكه . وعلى القول الثاني ضمانها على المقترض ؛ لأنها هلكت في ملكه ، وعلى القول الثالث ضمانها على المقرض ما لم تستهلك .

ومنها : نفقة العين المقترضة بعد العقد وقبل القبض ، فعلى القول الأول الذي يرى ثبوت الملك بالقبض ، فنفقتها على المقرض لأنها لم تزل على ملكه ، وكذا على القول الثالث الذي يرى ثبوت الملك بالتصرف . وعلى القول الثاني الذي يرى ثبوت الملك بالعقد ، فنفقتها على المقترض لأنها في ملكه .

ومنها : منفعة العين المقترضة بعد العقد وقبل القبض ، فعلى القول الأول الذي يرى ثبوت الملك بالقبض ، فمنفعتها للمقرض لأنها لم تزل على ملكه ، وكذا على القول الثالث الذي يرى ثبوت الملك بالتصرف فمنفعتها للمقرض إلى وقت التصرف . وعلى القول الثاني الذي يرى ثبوت الملك بالعقد ، فمنفعتها للمقترض لأنها في ملكه .

الثاني ـ الهبة :

اختلف الفقهاء في اشتراط القبض لنقل ملكية العين الموهوبة من الواهب إلي الموهوب له على قولين :

القول الأول : إنَّ الهبة لا تُملك بالعقد قبل القبض ، فيُشترطُ القبض لنقل ملكية العين الموهوبة من الواهب إلي الموهوب له .

وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة في إحدى الروايتين [٢] .

---

(١) انظر : ابن حجر / **تحفة المحتاج** : ٤٨/٥ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ١٢٠/٢ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٦/٤ .

(٢) انظر : السرخسي / **المبسوط** : ١٢/ ٤٨ ؛ المرغيناني / **الهداية** : ١٩/٩ ؛ قاضي زاده / **تكملة شرح فتح القدير** : ٢٠/٩ ؛ أفندي / **تكملة حاشية رد المحتار** : ٤٢٣/٨ ـــ ٤٢٤ ؛ **مجلة الأحكام** (م: ٨٦١): ٧/ ٤٠١ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٤٠٠/٢ ؛ الأنصاري / **شرح المنهج وحاشية الجمل عليه** : ٥٩٨/٣ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٤٠١/٩ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ١٢١/٧ ؛ ابن رجب / **القواعد في للفقه الإسلامي** (ق:٤٩): ٦٨ ـــ٦٩ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢١٩/٢.

القول الثاني : تُملَكُ العين الموهوبة بالعقد أي إيجاب وقبول أو ما يقوم مقامهما ، ولا يُشترَطُ القبض لنقل الملكية للموهوب له [١] .

وهذا قول المالكية [٢] ، والمنصوص عن الإمام أحمد وهو المذهب [٣] ، وبه قال الظاهرية [٤] .

الأدلة :

أولا - أدلّة جمهور الفقهاء من الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة .

استدلَّ جمهور الفقهاء على اشتراط القبض لنقل ملكية العين الموهوبة من الواهب إلى الموهوب له بالسُّنة ، والإجماع ، والمعقول .

أولا - السُّنة :

١ — روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ((لا تجوز الهبة إلا مقبوضة)) [٥].

وجه الدلالة من الحديث :

أن المراد نفي الملك لا نفي الجواز ؛ لأن الجواز قبل القبض ثابت بالاتفاق ، والمعنى لا يثبت حكم الهبة وهو الملك قبل القبض [٦] .

---

(١) تفريع : وهل يجبر الواهب على الإقباض ؟ هذا ما نص عليه المالكية ، وبه قال الظاهرية .
فقد نص المالكية على أن الواهب يجبر على إقباض الهبة للموهوب له حين طلبه ؛ لأن الهبة تملك بالقول على المشهور ، وللموهوب له طلبها من الواهب حيث امتنع ولو عند حاكم ليجبره على تمكين الموهوب له منها .
انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٤/ ١٠١ ؛ ابن حزم / **المحلى**: ٨/ ٦٢ — ٦٣ .

(٢) انظر : مالك / **الموطأ** : ٢/ ٥٧٧ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣/٢٢٦ ، ٤/ ١٠١ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ٢/٢١٢ ؛ ابن رشد/ **بداية المجتهد** : ٢/٢٤٧ ؛ الصاوي / **بلغة السالك** : ٢/٢٩٠.

(٣) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢/٥١٩ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق: ٤٩) : ٦٨ ؛ المرداوي / **الإنصاف**: ٧/١٢١ .

(٤) انظر : ابن حزم / **المحلى** : ٨/ ٦٢ — ٦٣ .

(٥) رواه عبد الرزاق من قول النخعي ، وقال الزيلعي عنه غريب .
عبد الرزاق ، **المصنف** : ٩/١٠٧ ، كتاب المواهب ، باب الهبات ، (١٦٥٢٩) .
انظر : الزيلعي / **نصب الراية** : ٤/١٢١ .

(٦) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ٩/٢٠ — ٢١ ؛ البابرتي / **شرح العناية على الهداية** : ٩/٢٠-٢١ .

٢ ــ لَمَّا تَزَوَّجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أُمَّ سَلَمَةَ (١) قَالَ لَهَا : ((إِنِّي قَدْ أَهْدَيْتُ إِلَى النَّجَاشِيِّ حُلَّةً وَأَوَاقِيَّ مِنْ مِسْكٍ ، وَلا أَرَى النَّجَاشِيَّ إِلا قَدْ مَاتَ ، وَلا أَرَى إِلا هَدِيَّتِي مَرْدُودَةً عَلَيَّ ، فَإِنْ رُدَّتْ عَلَيَّ فَهِيَ لَكِ)) وَكَانَ كَمَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَرُدَّتْ عَلَيْهِ هَدِيَّتُهُ فَأَعْطَى كُلَّ امْرَأَةٍ مِنْ نِسَائِهِ أُوقِيَّةَ مِسْكٍ وَأَعْطَى أُمَّ سَلَمَةَ بَقِيَّةَ الْمِسْكِ وَالْحُلَّةَ (٢) .

وجه الدلالة من الحديث :

قوله ﷺ ((وَلا أَرَى إِلا هَدِيَّتِي مَرْدُودَةً عَلَيَّ ، فَإِنْ رُدَّتْ عَلَيَّ فَهِيَ لَكِ)) ظاهر الدلالة في ذلك ، فلو لم يكن القبض شرطا في انتقال الملكية لصارت الهبة ملكا للنجاشي ولدخلت في تركته ، ولما ملك الرسول صلى الله عليه وسلم التصرف في العين الموهوبة ، فدلَّ وعده صلى الله عليه وسلم لأم سلمة رضي الله عنها على أن القبض شرط في انتقال الملكية ، وأن للواهب حق التصرف في الموهوب مادامت الملكية لم تنتقل بعد (٣).

(١) **هند بنت أميّة بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشية المخزومية (– ٦٢ هـ)** : أم سلمة ، أم المؤمنين ، مشهورة بكنيتها ومعروفة باسمها . تزوجها النبي ﷺ بعد أبي سلمة ، سنة أربع وقيل سنة ثلاث . كانت أول ظعينة دخلت إلى المدينة مهاجرة . روت عن النبي ﷺ كثيراً ، وعن أبي سلمة . وروى عنها : أولادها عمر وزينب ، ومكاتبها نبهان ، وأخوها عامر بن أمية ، ومواليها عبد الله بن رافع ، ونافع ، وابن عباس ، وعائشة ، وأبو سعيد الخدري ، وغيرهم .

[انظر : ابن حجر / **الإصابة** : (٤/٤٢٣-٤٢٤) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٧٥٤ ، ٧٥٧)] .

(٢) رواه أحمد ، والحاكم ، من حديث أم كلثوم بنت أبي سلمة .

قال الحاكم : هذا صحيح الإسناد ولم يخرجاه . وقال الذهبي تعقيبا على قول الحاكم صحيح : " منكر ، ومسلم الزنجي ضعيف ".

المستدرك على الصحيحين : ٢/١٨٨ ، كتاب النكاح ، حق الزوجة على الزوج ؛ **التلخيص على المستدرك** : ٢/١٨٨ .

أحمد ، **المسند** : ١٠/٣٦١ ، من مسند القبائل ، حديث أم كلثوم بنت عقبة أم حميد بن عبد الرحمن رضي الله عنها (٨٤٣) ، حديث (٢٧٣٤٥) .

وانظر : ابن حجر / **تلخيص الحبير** : ٣/٧٣ ، كتاب الهبة (٣٦) ، حديث (١٣٢٩) .

(٣) انظر : الماوردي / **الحاوي** : ٩/٤١ .

ثانيا ـ آثار الصحابة :

١ـ روي عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ : ((إِنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ كَانَ نَحَلَهَا جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا [1] مِنْ مَالِهِ بِالْغَابَةِ ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ قَالَ : وَاللَّهِ يَا بُنَيَّةُ مَا مِنَ النَّاسِ أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غِنًى بَعْدِي مِنْكِ ، وَلا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكِ ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكِ جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا فَلَوْ كُنْتِ جَدَدْتِيهِ وَاحْتَزْتِيهِ كَانَ لَكِ وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ وَارِثٍ وَإِنَّمَا هُمَا أَخَوَاكِ وَأُخْتَاكِ فَاقْتَسِمُوهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ)) [2] .

فدلَّ قوله رضي الله عنه ((فَلَوْ كُنْتِ جَدَدْتِيهِ وَاحْتَزْتِيهِ كَانَ لَكِ وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ وَارِثٍ)) على أن الهبة لا تملك إلا بالقبض ؛ لأنها لو كانت تُملكُ بالعقد فقط لما قال أبو بكر رضي الله عنه أنه مال وراث .

٢ـ رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رضي الله عنه قَالَ : مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْحَلُونَ أَبْنَاءَهُمْ نُحْلاً ثُمَّ يُمْسِكُونَهَا فَإِنْ مَاتَ ابْنُ أَحَدِهِمْ قَالَ مَا لِي بِيَدِي لَمْ أُعْطِهِ أَحَدًا ، وَإِنْ مَاتَ هُوَ قَالَ هُوَ لِابْنِي قَدْ كُنْتُ أَعْطَيْتُهُ إِيَّاهُ . مَنْ نَحَلَ نِحْلَةً فَلَمْ يَحُزْهَا الَّذِي نُحِلَهَا ، حَتَّى يَكُونَ إِنْ مَاتَ لِوَرَثَتِهِ ، فَهِيَ بَاطِلٌ)) [3].

ثالثا ـ الإجماع :

---

(١) الوسق : ما قدره ستون صاعا من تمر ونحوه . والجد : قطع الثمر ، والمراد ثمر النخل . وفيه تفسيران : الأول : أن قوله جاد عشرين وسقا صفة للثمرة الموهوبة فتقديره : وهبها عشرين وسقا محدودة . الثاني : أن قوله جاد عشرين وسقا صفة للنخل التي وهب ثمرها ، فمعناه : وهبها ثمرة نخل يجد منها عشرون وسقا .

[انظر : (م : جد ، وسق) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٣٦ ، ٢٥٣. الباجي / **المنتقى شرح الموطأ** (بتصرف) : ٦/٩٤]

(٢) رواه مالك البيهقي ، وقال الألباني : إسناده صحيح على شرط الشيخين .

مالك ، **الموطأ** : ٢/٥٧٦ ، كتاب الأقضية (٣٦) ، باب مالا يجوز من النحل (٣٣) ، حديث (٤٠) .

البيهقي ، **السنن** : ٦/١٧٠ ، ١٧٨ ، كتاب الهبات ، باب شرط القبض في الهبة .

انظر : **إرواء الغليل** : ٦/٦٢ .

(٣) رواه مالك البيهقي ، ، وقال الألباني : إسناده صحيح .

مالك ، **الموطأ** : ٢/٥٧٧ ، كتاب الأقضية (٣٦) ، باب مالا يجوز من النحل (٣٣) ، حديث (٤١) .

البيهقي ، **السنن** : ٦/١٧٠ ، كتاب الهبات ، باب شرط القبض في الهبة ، باب يقبض للطفل أبوه .

انظر : **إرواء الغليل** : ٦/٦٩ .

اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وابن عمر وابن عباس وأنس وعائشة رضي الله عنهم على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة ، ولم يعرف لهم من الصحابة مخالف ، فكان إجماعا [١] .

رابعا ـ المعقول .

١ـ قالوا : إن الهبة عقد تبرع فلا يفيد حكمه ـ وهو ثبوت الملك فيها ـ بمجرد القبول كالوصية ؛ لأن عقد التبرع ضعيف في نفسه لذا لا يتعلق به صفة اللزوم ، والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم إليه ما يتأيّد به ، وهو موته في الوصية ؛ لأن الموت منافيا لملكه ، والقبض في الهبة ؛ لزوال يده عن العين الموهوبة بعد إيجاب عقد التمليك لغيره [٢].

٢ـ وأيضا لأن الهبة من عقود التبرعات فلا يثبت الملك فيها قبل القبض ؛ لأن في إثبات الملك بمجرد العقد إلزام المتبرع التسليم وهو لم يتبرع به .

توضيح ذلك : أن المتبرع له في ماله ملك عين وملك اليد فتبرُّعُهُ بإزالة ملك العين بالهبة لا يوجب استحقاق ما لم يتبرع به على الواهب ،وهو اليد ، وفي إثبات الملك للموهوب له قبل التسليم إيجاب التسليم على الواهب وهو لم يتبرع به ، وإيجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات ، بخلاف المعاوضات [٣].

ثانيا ـ أدلّة المالكية ، والظاهرية ، ومن وافقهم ، ومناقشتها .

استدلَّ أصحاب هذا القول على أن الهبة تُملَكُ بالعقد ، ولا تفتقر إلي القبض لنقل الملكية بالكتاب ، والسُّنة ، والمعقول .

أولا ـ الكتاب :

قوله تعالي : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [٤].

وجه الدلالة من الآية :

دلَّت الآية على وجوب الوفاء بالعقود من غير حاجة إلى القبض ، والهبة داخلة في عموم الآية .

---

(١) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٦/ ٢٧٤ ؛ البيهقي/ **السنن** : ١٧٠/٦ .

(٢) انظر : السرخسي / **المبسوط** : ٤٨/١٢ .

(٣) انظر : السرخسي / **المبسوط**: ٤٨/١٢ ؛ قاضي زاده / **تكملة فتح القدير**: ٢١/٩ .

(٤) سورة المائدة : آية ١ .

ويمكن أن يُجاب عن هذا ، بأنه لا دليل في الآية على أن الهبة تُملكُ بالعقد .

ثانيا ـ السُّنة :

قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : ((الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ))[١].

وجه الدلالة من الحديث :

دلَّ الحديث على حرمة الرجوع في الهبة ، والحديث مُطلَق وليس فيه ذِكـرُ القبـض فيبقى على إطلاقه ، وعلى هذا تُملكُ الهبة بالعقد .

ويمكن أن يُجاب عن هذا ، بأنَّ المراد رجوع الواهب في الهبة بعد القبض لا قبله ؛ لأنها قبل القبض باقية على ملك الواهب .

ثالثا ـ آثار الصحابة :

١ـ عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال : ((الصدقـة جـائزة قُبِضـتْ أو لم تُقْبضْ))[٢] .

٢ـ عن القاسم بن عبد الرحمن[٣] قال : كان على بن أبي طالب[٤] ، وابن مسـعود

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٥/ ٥٣٣ ، كتاب الهبة (٥١) ، باب هبة الرجل لامرأتـه (١٤) ، الحديث (٢٥٨٩) .

و : ٥/٥٥٦ ، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها (٥١) ، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقتـه (٣٠) ، حديث (٢٦٢١) (٢٦٢٢) .

مسلم ، **الصحيح** : ١٢٤١/٣ ، كتاب الهبات (٢٤) ، باب تحريم الرجـوع في الصدقـة (٢) ، الحديـث (١٦٢٢/٥) .

(٢) ابن حزم / **المحلى** : ٦٩/٨ .

(٣) **القاسم بن عبد الرحمن الشامي الدّمشقي مولى آل أبي ابن حرب الأموي (- ١١٢ هـ)** : أبو عبد الرحمن من الطبقة الوسطى من التابعين ، صاحب أبي أمامة ، صدوق يغرب كثيراً . روى عن علي ، وابن مسـعود ، وتميم الداري ، وعدي بن حاتم ، وعقبة بن عامر ، وغير واحد . وعنه : عبد الرحمن بن يزيد بن جابر ، وأبـو الغيث عطية بن سليمان ، والوليد بن جميل ، وغيرهم .

[انظر : ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : (٢٩١/٨) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٤٥٠)] .

(٤) **علي بن أبي طالب مناف بن عبد المطلب من بني هاشم من قريش (٢٣ ق هـ - ٤٠ هـ)** : أبو الحسن، أمير المؤمنين ، ورابع الخلفاء الراشدين ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة . زوجه النبي بنته فاطمـة . كفّـره الخوارج ، وغلا فيه الشيعة . [انظر : ابن حجر / **الإصابة** : (٥٠٧/٢-٥١٠) ؛ ابن الأثير / **أسد الغابـة** : (٥٨٨/٣-٦٢٢)] .

رضي الله عنهما : يُجِيزَانِ الصدقة — وإن لم تُقبضْ — [(١)] .

فدل هذان الأثران على أن الهبة تملك بالعقد ولا تفتقر إلى القبض ؛ لأن الهبة كالصدقة فكلاهما تبرع .

٣— عن النضر بن أنس بن مالك رضي الله عنهم [(٢)] قال : نحلني أبي نصف داره ، فقال أبو بردة رضي الله عنه : إن سَرَّك أن تحوز ذلك فاقبضه ، فإنَّ عمر قضى في الأنحال : ما قُبِض منها فهو جائز ، وما لم يُقبضْ منه فهو ميراث . قال ابن حزم : " فهذا أنس بأصحِّ سندٍ لاَ يرى الحرز شيئا " [(٣)].

رابعا . القياس :

فقد قاسوا الهبة على البيع في عدم احتياج البيع إلي القبض لنقل الملكية ، بجامع أن كليهما من عقود التمليكات [(٤)].

ويمكن أن يجاب عن هذا ، بأنه قياس مع الفارق ، لأن البيع من عقود المعاوضات اللازمة من الجانبين ، والهبةُ عقدُ تبرعٍ وإحسان من الواهب لا يقابله التزام من الطرف الآخر ، فافترقا .

الترجيح :

من خلال العرض السابق لأقوال الفقهاء وأدلَّتِهم يظهر لي — والله أعلم — رجحان قول جمهور الفقهاء القائلين باشتراط القبض لنقل ملكية العين الموهوبة من الواهب إلى الموهوب له ، وذلك لقوة أدلتهم .

ثمرة الخلاف :

تظهر ثمرة الخلاف فيما ذكرنا في مسائل ، منها :

---

(١) ابن حزم / **المحلى** : ٦٩/٨.

(٢) **النضر بن أنس بن مالك الأنصاري البصري (– بضع ومائة)** : أبو مالك ، ثقة ، من الطبقة الوسطى من التابعين . وذكر الطبري : أنه كان فيمن خرج مع زيد بن المهلب أيام خروجه على يزيد بن عبد الملك .
روى عن أبيه ، وابن عباس ، وزيد بن أرقم ، وبشير بن نهيك ، وأبي بردة بن أبي موسى . وعنه : قتادة ، وحميد الطويل ، وعلي بن زيد بن جدعان ، وأبو الخطاب حرب بن ميمون ، وغيرهم .
[انظر : ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : (٣٨٩/١٠) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٥٦١)] .

(٣) ابن حزم / **المحلى** : ٨/ ٧٠ .

(٤) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢٤٧/٢ .

النماء أي الزوائد الحادثة في العين الموهوبة بعد العقد وقبل القبض هل هي للواهب ، أم للموهوب ؟ على قولين بناء على أن الهبة هل تُملك بالعقد أم يُشترطُ القبض لنقل الملكية ، فعلى القول بأن الهبة تملك بالعقد فالزوائد الحادثة في العين الموهوبة بعد العقد وقبل القبض للموهوب ، وعلى القول باشتراط القبض لنقل ملكية العين الموهوبة فالزوائد الحادثة في العين الموهوبة بعد العقد وقبل القبض هل هي للواهب [1] .

ومنها : الفطرة ، فإذا دخل الغروب من ليلة الفطر والعبد الموهوب لم يقبض — وقلنا: يُعتبر في هبته القبض — ففطرته على الواهب [2] ؛ لأنه باق على ملكه .

وإن قلنا بعدم اشتراط القبض لنقل ملكية الموهوب ففطرته على الموهوب له .

ومنها : تصرف الواهب في الهبة بعد العقد وقبل القبض صحيح عند من اشترط القبض لنقل الملكية [3] ، لأن ملكه قبل القبض باق ، أما عند من يري عدم اشتراط القبض لنقل الملكية فلا يصح تصرف الواهب فيها [4].

وأما تصرف الموهوب له في الهبة بعد العقد وقبل القبض ، فيصِحُّ عند من يرى أن الهبة تُملكُ بالعقد ولا يُشترط القبض . أما عند من يشترط القبض فلا يصح تصرفه ؛ لأن التصرف في ملك الغير بدون إذن غير صحيح ، والعين الموهوبة باقية على ملك الواهب قبل القبض [5].

الثالث. العارية :

ذهب الحنفية إلى أنه يُشترطُ القبض لانتقال منافع العين المعارة إلى ملك المستعير ؛ لأن العارية تبرع بتمليك منافع العين المعارة أو الشيء المعار ، فلا تُملكُ إلا بالقبض كالهبة [6].

---

(١) انظر : حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٤٠٢/٧ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٤٠٠/٢ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٤٠٣/٩ ؛ المرداوي/ **الإنصاف** : ١٢١/٧ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٥١٩/٢ .

(٢) انظر : المرداوي/ **الإنصاف** : ١٢١/٧ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق :٤٩): ٦٩

(٣) انظر : حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٤٠٢/٧ ؛ الشربيني / **مغنى المحتاج** : ٤٠٠/٢ .

(٤) انظر : الدردير / **الشرح الصغير** : ٢٩١/٢ .

(٥) انظر : البابرتي / **شرح العناية على الهداية** : ٢١/٩ — ٢٢ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٧/ ٤٠٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٥١٩/٢ .

(٦) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١٤/٦ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ٨١٠) : ٣٠٣/٦ ؛ حيدر / **درر الحكام** : ٣٠٣/٦ .

ووافق المالكية الحنفية في أن العارية تمليك للمنفعة ، ولم ينصوا على اشتراط القبض فيما اطلعت عليه من مراجع . [انظر : الآبي / **جواهر الإكليل** : ١٤٥/٢] .

أما عند الشافعية والحنابلة فالعارية عندهم من قبيل الإباحة [١] لا التمليك فلا يـــرون أصلا أن منافع العين المعارة تنتقل إلى ملك المستعير لا بالقبض ولا غيره [٢].

الرابع ـ العقد الفاسد :

اختلف الفقهاء في أثر القبض على العقد الفاسد على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية [٣] إلى أن القبض شرط لانتقال الملكية في العقد الفاسد .

القول الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة [٤] إلى أن العقد الباطل كالفاسد لا ينعقد أصلا ولا يفيد الملك سواء أقبض أم لم يقبض .

ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في حقيقة العقد الفاســد ، هل هو مباين للباطل ، أم كلاهما بمعنى واحد ؟ وقد تقدم بيان ذلك تفصيلا في الفصل الثـاني من هذا الباب [٥] .

---

(١) الإباحة هي : " الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل ". [الجرجاني / **التعريفات** : ٢٠] .

(٢) انظر : الشربيني/ **مغني المحتاج** : ٢/٢٦٣ — ٢٦٤ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٤٥ ، ٣٦٠ ، ٣٦٤ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٥/٣٥٤ ؛ ابن قدامة / **الكافي في فقه أحمد** : ٢/٣٨٣ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/٣٠٤ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختــار** : ٥/٤٩ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٦/٩٩ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٦/٤٠٤ ، ٤٥٩ .

(٤) انظر :الدسوقي / **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : ٣/٧١ ؛ الحطاب / **مواهــب الجليــل** : ٤/٣٨٠ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٦/٣٨٦ ؛ النووي / **روضــة الطــالبين** : ٣/٤١٠ — ٤١١ ؛ النــووي / **المجمــوع** : ٩/٣٧٧ ؛ ابن تيميه / **المحرر** : ١/٣٢٣ ؛ **المغني على مختصر الخرقي** : ٤/٣١٠ ؛ القاري / **مجلــة الأحكــام الشرعية** (م: ١٥١) : ٢٠٢ .

(٥) انظر من هذا البحث : ١٧٣ —١٧٦ ، ٢٠١ .

المطلب الثاني – في القسم الثاني : العقود التي يُشترطُ القبضُ لصحَّتها .

وفيه ثلاثة فروع :

الأول . الصرف :

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة [4]، والظاهرية [5]، على أن قبض البدلين من الجانبين في مجلس عقد الصرف شرط لصحته، فإن تفرقا قبل القبض بطل العقد بغير خلاف .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفيْن إذا افترقا قبل أن يتقابضا فإن الصرف فاسد [6].

والأصل في ذلك : ما رواه أبو سَعِيد الْخُدْرِيّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : ((لا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بالذَّهَبِ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ وَلاَ تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلاَ تَبِيعُوا الْـوَرِقَ بالْوَرِقِ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ وَلاَ تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلا تَبِيعُوا مِنْهَا غَائِبًا بِنَاجِزٍ)) [7] .

فدلَّ ذلك على اشتراط قبض البدلين قبل الافتراق .

والآثار عن الصحابة في ذلك كثيرة ، منها :

١- ما رواه عبد الله بن عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ : ((لا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بالذَّهَبِ إلاَّ مِثْلا بِمِثْلٍ ، وَلا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إلاَّ مِثْلا بِمِثْلٍ ، وَلا

---

(١) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٢١٤ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١٥/٥ ؛ المرغيناني / **الهداية** : ١٧/٧ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٧/٧ ؛ البابرتي / **شرح العناية على الهداية** : ١٧/٧ – ١٨ .

(٢) انظر : الدردير / **الشرح الصغير** : ١٤/٢ ؛ التسولي / **البهجة شرح التحفة** : ٢٩/٢ ؛ التاودي/ **حلي المعاصم** : ٢٩/٢ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٤٧/٢ – ١٤٨ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٦٥ .

(٣) انظر : الشافعي / **الأم** :٣١/٣ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢٥/٢ ؛ المحلي / **شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي عليه** : ١٧٠/٢ .

(٤) انظر : ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق: ٤٩) : ٦٨ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٩٢/٤ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ١٧٩/٤ ؛ القاري/ **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ٤٧٤) :١٩١ ؛ البهوتي/ **كشاف القناع** : ٢٦٦/٣ .

(٥) انظر : ابن حزم / **المحلي** : ٤٣٦/٧ .

(٦) **الإجماع** : ٥٤ . وانظر : البهوتي/ **كشاف القناع** : ٢٦٦/٣ .

(٧) تقدم تخريجه ، ص : ١٠٧ .

تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالذَّهَبِ أَحَدُهُمَا غَائِبٌ وَالآخَرُ نَاجِزٌ ، وَإِنِ اسْتَنْظَرَكَ إِلَى أَنْ يَلِجَ بَيْتَهُ فَلا تُنْظِرْهُ ، إِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمُ الرَّمَاءَ ، وَالرَّمَاءُ هُوَ الرِّبَا ›› (١).

٢- قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ : ‹‹ الدِّينَارُ بِالدِّينَارِ وَالدِّرْهَمُ بِالدِّرْهَمِ وَالصَّاعُ بِالصَّاعِ وَلا يُبَاعُ كَالِئٌ بِنَاجِزٍ ›› (٢).

لكن ما هو الافتراق المانع من الصحة ؟

اختلف العلماء في حد قبض الصرف وحقيقته على قولين :

القول الأول : يجوز التقابض في الصرف ما لم يفترقا وإن طالت المدة وانتقلا إلى موضع آخر .

وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة (٣).

القول الثاني : لا يجوز تراخي القبض في الصرف سواء كانا في مجلس العقد أو تفرقا .

وهذا المالكية (٤) .

واستثنى فريق من المالكية ما إذا تفرقا قبل القبض غلبة ، فلا يبطل الصرف في هذه الحالة (٥) .

الثاني - بيع الأموال الربوية :

اختلف الفقهاء هل يشترط في صحة بيع الأموال الربوية بعضها ببعض — سواء أكانا مُتَّحدِيْ الجنس أو مختلفين — التقابض قبل التفرق من مجلس العقد أم لا ؟ على قولين :

---

(١) مالك ، **الموطأ** : ٤٩٣/٢ ، كتاب البيع (٣٠) ، باب بيع الذهب بالفضة تبا وعينا (١٦) ، حديث (٣٤ — ٣٥) .

(٢) مالك ، **الموطأ** : ٤٩٣/٢ ، كتاب البيع (٣٠) ، باب بيع الذهب بالفضة تبا وعينا (١٦) ، حديث (٣٦).
الكالئ : أي النسيئة . جاء في المصباح : كلأ الدَّينُ يكلأ مهموز بفتحتين كُلُوءا تأخر فهو كالئ . ونهى عن بيع الكالئ بالكالئ : أي النسيئة بالنسيئة . [انظر (م : كلا) **المصباح المنير** : ٢٠٦] .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١٥/٥ ؛ الشافعي / **الأم** : ٣١/٣ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٦٦/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٩٢/٤ .

(٤) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٤٩/٢ ؛ الدردير / **الشرح الصغير** : ١٤/٢ ؛ التسولي / **البهجة شرح التحفة** : ٢٩/٢ .

(٥) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٤٩/٢ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٦٥ .

القول الأول : ذهب الحنفية [(١)] إلى أنه لا يشترط التقابض قبل التفرق إلا في الصرف، أما ما عداه فيُشترطُ فيه التعيين دون التقابض .

وجه هذا القول : عمومات البيع نحو قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ [(٢)] ، وقوله عز وجل : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [(٣)] . فنهى عز وجل عن الأكل بدون التجارة عن تراضٍ ، واستثنى التجارة عن تراضٍ ، فدلَّ على إباحة الأكل في التجارة عن تراضٍ من غير شرط القبض ، وذلك دليل ثبوت الملك بدون التقابض ، لتحريم أكل مال الغير [(٤)] .

ولأن البدل في غير الصرف يتعين بمجرد التعيين قبل القبض ، ويتمكن من التصرف فيه ، فلا يُشترطُ قبضه . بخلاف البدل في الصرف ، لأن القبض شرط في تعيينه ، فإنه لا يتعين بدون القبض ، إذ الأثمان لا تتعين إلا به . لذلك كان لكل من العاقدين تبديلها [(٥)].

القول الثاني : ذهب المالكية [(٦)] والشافعية [(٧)]والحنابلة [(٨)]، إلى أنه يشترط التقابض قبل التفرق من المجلس في الصرف وغيره ، فلو تفرقا قبل التقابض بطل العقد .

وذلك للحديث الصحيح المتفق عليه عن أبي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : ((لا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ وَلاَ تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلاَ تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ وَلاَ تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلا تَبِيعُوا مِنْهَا غَائِبًا بِنَاجِزٍ)) [(٩)].

---

(١) انظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ١٧٢/٥ ، ١٧٨ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١٩/٥.

(٢) سورة النساء : آية ٢٩ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٧٥ .

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١٩/٥.

(٥) انظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ١٧٢/٥ ، ١٧٨ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١٩/٥.

(٦) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٤٧/٢ .

(٧) انظر : السيوطي/**الأشباه والنظائر** : ٢٨١ ؛ المحلي / **شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي عليه** : ١٦٧/٢ — ١٦٨ .

(٨) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٤٢/٤ .

(٩) تقدم تخريجه ، ص : ١٠٧ .

وعَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ [١] قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ((الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلاً بِمِثْلٍ سَوَاءً بِسَوَاءٍ يَدًا بِيَدٍ فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ)) [٢].

فدلَّت هذه النصوص على جواز التفاضل ومنع النَسَاء في بيع الصنفين المختلفين من الأصناف المذكورة .

ولأن النهي عن النسيئة ثبت في الصرف وغيره ، وتحريم النَسَاء ووجوب التقابض متلازمان ، إذ من المحال أن يشترط انتفاء الأجل في بيع جميع الأموال الربوبة ، ويكون تأجيل التقابض في بعضها جائز .

وقد توقف الظاهرية عند هذه الأنواع الستة و لم يقيسوا عليها غيرها في حين ذهب جمهور الفقهاء إلى قياس بعض الأنواع عليها [٣].

والصحيح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فلا يصح بيع الأموال الربوية بعضها ببعض ـــ سواء أكانا متحدي الجنس أم مختلفين ـــ إلا مع التقابض قبل التفرق من مجلس العقد ، وإذا لم يتم القبض فقد بطل العقد ؛ لورود الأحاديث الثابتة المتفق عليها ، التي تدل بوضوح على اشتراط كون البيع في الربويات يدا بيد سواء أكانا مختلفي الجنس أم متفقيه .

---

(١) عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ بن قيس الأنصاري الخزرجي (٣٨ ق . هـ ـــ ٣٤ هـ) : أبو الوليد ، صحابي ، شهد بدرا وما بعدها ، قال ابن يونس : شهد فتح مصر ، وهو أول من ولي القضاء بفلسطين . روى ١٨١ حديثا ، اتفق البخاري ومسلم على ستة منها .
[انظر : ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٣/٥٦-٥٧) ؛ ابن حجر / **الإصابة** : (٢/٢٦٨) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٣/٢٥٨)] .

(٢) رواه مسلم .
مسلم ، **الصحيح** : ٣/١٢١١ ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا (١٥) ، حديث (١٥٨٧/٨١) .

(٣) إلا أنهم اختلفوا في العلة الجامعة المؤثرة هل هي الطعم ، أو الاقتيات ، أو كون الشيء مكيلا أو موزونا ... مع اتحاد الجنس . [انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٦/١٣٧ ؛ **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣/٤٧؛ البغدادي/ **المعونة** : ٢/٩٥٨ ـــ ٩٦٠ ؛ النووي/ روضة **الطالبين** : ٣/٣٧٩ ؛ المحلي / **شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي عليه** : ٢/١٦٨ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤/١٣٦ـــ١٣٩] .

الثالث . السلم :

لا خلاف بين الفقهاء أن تعجيل رأس مال السلم في مجلس العقد عزيمة (1) ، وأن الأصل التعجيل ، وإنما الخلاف هل يُشترط في صحة عقد السلم قبض رأس ماله قبل التفرق، أم يُرخَّص في تأخيره (2) ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : يرى جمهور الفقهاء من الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة (3) ، أنه يُشترط لصحة عقد السلم تسليم رأس ماله في مجلس العقد ، قبل افتراق العاقدين بأبدانهما (4) ، فلو افترقا قبله بطل العقد .

قال الماوردي :" لا يصح السلم إلا بعد تسليم جميع الثمن قبل الافتراق . فإن افترقا قبل قبضه بطل السلم ." (5)

ومما تجدر الإشارة إليه أن تسليم رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة ، لا شرط للصحَّة ؛ لأن العقد ينعقد صحيحا بدون قبض رأس المال ، ثم يفسد بالتفرق من غير قبض ،

---

(1) العزيمة : ما شرع من الأحكام الكلية ابتداء . ومعنى كونها كلية أنها لا تختص ببعض المكلفين دون بعض ، ولا ببعض الأحوال دون بعض ، كالصلاة مثلا فإنها مشروعة على الاطلاق والعموم في كل شخص وفي كل حال. ويدخل تحت هذا ما شرع لسبب مصلحي في الأصل ؛ كالمشروعات المتوصل بها إلى إقامة مصالح الدارين ، من البيع والإجارة ، وسائر عقود المعاوضات ، وكذلك أحكام الجنايات ، والقصاص ، والضمان . وبالجملة جميع كليات الشريعة . [الشاطبي / **الموافقات** (بتصرف) : ٢٢٣/١]

(2) انظر : عليش / **شرح منح الجليل** : ٣/٣ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٥٢/٢ .

(3) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٠٢/٥ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ١٧٧/٦ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٩٧/٧ ؛ الميداني / **اللباب شرح الكتاب**: ٤٢/٢ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م: ٣٨٧) ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٣٥٤/١ ؛ الرافعي/ **فتح العزيز شرح الوجيز** : ٢٠٨/٩ ـ ٢٠٩ ؛ المحلي / **شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي وعميرة عليه** : ٢٤٥/٢ ؛ البهوتي/ **شرح منتهى الإرادات** : ٢٢٠/٢ ؛ **الإنصاف** : ١٠٤/٥ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ٤٩٠): ١٦٩ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٦٢/٤ .

(4) وقد مر في الصرف أن التفرق المانع من الصحة هو التفرق بالأبدان ، وكذا ها هنا ؛ لأن ما قبل التفرق بالأبدان له حكم المجلس .

انظر : الكاساني/ **بدائع الصنائع** : ٢٠٣/٥ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٩٧/٧ ؛ البابرتي/ **العناية على الهداية** : ٩٧/٧ ؛ **الميداني/ اللباب شرح الكتاب** : ٤٢/٢ ؛ حيدر/ **درر الحكام** : ٣٥٤/١ .

(5) **الحاوي** : ٢٢/٧ .

وبقاء العقد صحيحا يعقب العقد ولا يتقدمه فيصلح القبض شرطا له (١) .

القول الثاني : يرى المالكية أنه يُشترط لصحة عقد السلم قبض رأس ماله في مجلس العقد أو قربه ، وأنه لا يجوز تأخير رأس ماله المدة الطويلة لئلا يكون من باب الدين بالدين ، ويرى المالكية في المشهور أن تأخر قبض رأس مال السلم يومين أو ثلاثة جائز ، بشرط وبغير شرط (٢) .

الأدلة :

أولاً ـ استدلّ جمهور الفقهاء على صحة مذهبهم بما يلي :

١ ـ حديث ابن عباس المشهور قَالَ : ((قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِي الثِّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ فَقَالَ : مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ)) (٣).

وجه الدلالة من الحديث :

قوله ﷺ (من سلف فليُسلف) أي فليُعطِ ، فأمر بسلف المال منه وذلك يقتضي التعجيل ؛ ولأنه لا يقع اسم التسليف فيه حتى يُعطي من أسلفه ما أسلفه قبل أن يفارقه(٤) .

٢ ـ أن السلم بيع مؤجل بمعجل وهذا إنما يكون بتسليم رأس المال في مجلس العقد ، فلو أخَّر رأس المال عن المجلس لكان ذلك معنى في بيع الكالئ بالكالئ أي النسيئة بالنسيئة ، وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ. وتأخير تسليم رأس المال نازل منزلة الدينية في الصرف (٥) .

---

(١) الكاساني/ **بدائع الصنائع** : ٥/٢٠٢ ـ٢٠٣ (بتصرف) .
وانظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٩٧/٧ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ١٧٧/٦ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٩٧/٧ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٣٥٤/١

(٢) انظر : عليش/ **شرح منح الجليل** : ٣/٣ ـ ٤ ؛ التسولي/ **البهجة شرح التحفة** : ١٥٧/٢ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٩٥/٣ ؛ الدردير/ **الشرح الصغير وحاشية بلغة السالك** :٢/ ٨٨ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٥٢/٢ .

(٣) تقدم تخريجه ، ص : ٣٨ .

(٤) انظر : الشافعي / **الأم** : ٩٥/٣ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٢٢/٧ .

(٥) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٩٧/٧ ؛ حيدر / **درر الحكام** : ٣٥٤/١ ؛ الرافعي / **فتح العزيز شرح الوجيز** : ٢٠٨/٩ ـ ٢٠٩ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٢٢/٧ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ١٠٢/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٣٠٤/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٦٣/٤ .

٣ ـ ولأن السلم فيه غرر في المسلم فيه ، احتمل للحاجة ، فجبر ذلك بتأكيد العوض الثاني بالتعجيل ـ أي قبضه في المجلس ـ كي لا يعظم الغرر في الجانبين ؛ لأن زيادة الغرر في عقده يبطله [١] .

٤ـ أن مأخذ هذا العقد يدل على اشتراط قبض رأس المال في المجلس قبل التفرق ، فإنه يُسمَّى سلما وسلفا لغة وشرعا ، تقول العرب أسلمت وأسلفت بمعنى واحد ، وفي الحديث : ((مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ)) والسلم ينبئ عن التسليم فهو مشتق من إسلام المال ، والسلف ينبئ عن التقدم ، وذلك يقتضي لزوم تسليم رأس المال وتقدم قبضه على قبض المسلم فيه ، فلو جاز تأخير قبض رأس المال عن المجلس لسلب معنى الاسم [٢] .

ثانيا ـ أدلّة المالكية :

استدلّ المالكية على صحة مذهبهم بالمعقول، فقالوا : إنّ قبض رأس مال السلم بعد مجلس العقد بيوم أو يومين له حكم مجلس العقد ؛ لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه [٣] .

٢ ـ أن السلم عقد معاوضة لا يخرج بتأخير قبض رأس ماله ـ التأخير اليسير ـ عن أن يكون سلما ، فأشبه التأخير للتشاغل بالقبض [٤] .

المناقشة :

يمكن أن يُناقش المالكية فيما استدلوا به بما يلي :

أولاً ـ أما قولهم أنّ قبض رأس مال السلم بعد مجلس العقد بيوم أو يومين له حكم مجلس العقد استنادا للقاعدة الفقهية (أن ما قارب الشيء يعطى حكمه) فيُجابُ عن هذا بأنه منقوض بنهيهﷺ عن بيع الدين بالدين ، لأن تأخير تسليم رأس المال عن مجلس العقد لا يخرج عن كونه تأجيل ، وليس له حكم التسليم حال المجلس .

ثانيا ـ وأما قولهم أن السلم عقد معاوضة لا يخرج بتأخير قبض رأس ماله ـ التأخير اليسير ـ عن أن يكون سلما ، فأشبه التأخير للتشاغل بالقبض ، فيُجابُ عن هذا بأن تأخير

(١) انظر : الرافعي /**فتح العزيز شرح الوجيز** : ٢٠٩/٩؛ الماوردي / **الحاوي** : ٢٢/٧ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ١٠٢/٢ .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٠٢/٥ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٩٧/٧ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ١٧٧/٦ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٢٢/٧ .

(٣) انظر : الدردير /**الشرح الكبير** : ١٩٥/٣ ؛ الونشريسي/ **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك** (ق :١٤): ١٧٣ .

(٤) انظر : البغدادي / **الإشراف** : ٢٨٠/١ .

قبض رأس ماله مانع من صحة عقده قَلَّ أو كثر لما سبق من أن تأخير تسليم رأس المال عن مجلس العقد لا يخرج عن كونه نسيئة ، وليس له حكم الحلول ، فيكون من باب بيع الدين بالدين ، فيبطل عقد السلم بتفرق العاقدين بأبدانهما قبل قبض رأس المال ، وإذا فالمعتبر هو تفرق العاقدين بأبدانهما ، فكيف يقال أنه لا يخرج بتأخير قبض رأس ماله ــ التأخير اليسير ــ عن أن يكون سلماً ، وكذلك التأخير للتشاغل بالقبض لا يبطل العقد إن كان في المجلس ، فإن تأخَّر عنه بطل العقد لما ذكر .

الترجيح :

من خلال العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلَّتهم يظهر لي رجحان قول جمهور الفقهاء القائلين بوجوب قبض رأس مال السلم في مجلس العقد ، وبطلان عقده بالتفرق قبله ؛ وذلك لقوة أدلَّتهم التي استدلوا بها من المنقول والمعقول ؛ ولضعف ما استدلَّ به المالكية . ــ والله أعلم ــ

ثمرة الخلاف :

تظهر ثمرة الخلاف بين جمهور الفقهاء والمالكية فيما سبق في مسألة خيار الشرط ، فبناءً على اختلافهم في حكم قبض رأس مال السلم ، هل يُشترط لصحة عقده قبضه في مجلس العقد ، أم يُرخَّص في تأخيره ؟ اختلفوا هل يجوز في عقد السلم خيار الشرط ، أم لا ؟

أما جمهور الفقهاء فقد منعوا فيه خيار الشرط ، وقالوا : أن عقد السلم لا يقبل خيار الشرط، ويجب أن يكون العقد باتًّا عاريا عن شرط الخيار للعاقدين أو لأحدهما ؛ لأن جواز البيع مع شرط الخيار في الأصل ثبت معدولا به عن القياس ؛ لأنه شرط يخالف مقتضى العقد ؛ لأن مقتضى العقد ثبوت الملك في الحال ، وشرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ، ومثل هذا الشرط مفسد للعقد في الأصل ، إلا أن النص [1] ورد بجوازه في بيع العين ، فبقي ما وراءه على أصل القياس خصوصا إذا لم يكن في معناه ، والسلم ليس في معنى بيع العين فيما شرع له الخيار ؛ لأنه شرع لدفع الغبن ، والسلم مبناه على الغبن ونقص الثمن ؛ لأنه بيع المفاليس ، فلم يكن في معنى مورد النص ، فورود النص هناك لا يكون ورودا هنا دلالة فبقي الحكم فيه للقياس[2]؛ ولأن من شروط صحته تمليك رأس المال وإقباضه قبل التفرق ، و"خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم ، وهو

---

(١) وهو قوله ﷺ : ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)) .

(٢) الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٠١/٥ (بتصرف) .

ثبوت الملك والقبض مبني عليه ، وما كان مانع من المبني عليه فهو مانع من المبني" [١] .

وذكر السيوطي ضابط ذلك فقال : ما ثبت فيه خيار المجلس يثبت فيه خيار الشرط ، إلا ما شرط فيه القبض ، وهو المال الربوي ، والسلم ، وما يسرع إليه الفساد ومن يعتق على المشتري ، وما لا يدخله خيار المجلس فلا يثبت فيه خيار الشرط [٢] .

وإذا فمنعهم لخيار الشرط في عقد السلم مبني على اشتراطهم لصحة عقده تسليم رأس ماله في المجلس قبل افتراق العاقدين .

وأما المالكية في المعتمد عندهم فقد خالفوا جمهور الفقهاء وقالوا بجواز خيار الشرط في عقد السلم للعاقدين أو لأحدهما إلى ثلاثة أيام ، إن لم ينقد رأس المال ولو تطوعا ، فإن نقده فسد السلم الواقع على الخيار ؛ للتردد بين السلفية والثمنية [٣] .

وهذا الرأي لفقهاء المالكية مبني على قولهم بجواز تأخير تسليم رأس مال السلم إلى ثلاثة أيام بشرط وبغير شرط ، كما سبق تقريره في المسألة .

المطلب الثالث ـ في القسم الثالث : العقود التي يُشترطُ القبض في لزومها .

وفيه أربعة فروع :

الأول ـ القرض :

اختلف الفقهاء في اشتراط القبض في لزوم القرض على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب المالكية [٤] إلى أنه لا يشترط القبض في لزوم القرض ، بل يتم بالعقد وإن لم يقبض ، فإن حصل للمقرض مانع قبل الحوز لم يبطل .

---

(١) البابرتي / **العناية على الهداية** : ٩٨/٧ .
وانظر : المرغيناني / **الهداية** : ٧/ ٩٧ ـ ٩٨ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير**: ٩٧/٧ ـ ٩٨ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٠١/٥ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٤٤٧/٣ ـ ٤٤٨ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٤٧/٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٦٩/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٠٤/٣.

(٢) **الأشباه والنظائر** : ٤٥٤ .

(٣) انظر : الدردير/ **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي** : ٣/ ٩٨ و ١٩٦ ؛ الدردير/ **الشرح الصغير وبلغة السالك عليه** : ٤٦/٢ و ٨٩ ؛ الحطاب/ **مواهب الجليل** : ٤/ ٥١٥ ؛ المواق/ **التاج والإكليل** :٥١٥/٤

(٤) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٢٢٦/٣ .

وإذا لزم بالقول ، فإنه يقضى به للمقترض ، ويبقى بيده إلى الأجل ، فإن لم يضرب أجلا فيبقى بيده قدر ما يرى في العادة أنه قد انتفع به .

القول الثاني : ذهب الشافعية في الأصح [(١)] إلى عدم لزوم القرض بالقبض وأن للمقرض بعد تسليمه للمقترض الرجوع فيه ما دام باقيا بحاله في ملك المقترض ، بأن لم يتعلق به حق لازم .

القول الثالث : ذهب الشافعية في القول المقابل للأصح [(٢)]والحنابلة [(٣)] إلى أنه يشترط القبض في لزوم القرض .

فإذا قبضه المقترض صار العقد لازما في حق المقرض ، فلا يملك الرجوع فيه ؛ لأنه أزال ملكه عنه بعوض من غير خيار ، فلم يكن له الرجوع فيه كالمبيع [(٤)].

ولم أقف للحنفية على نص في هذه المسألة ، والظاهر موافقتهم للقائلين بأنه يشترط القبض للزوم القرض ، بناء على أن القرض يملك بالقبض وإن لم يستهلكه المقترض ، فله رد مثله ولو كان قائما ، فلو استقرض برا ولم يستهلكه ثم طالبه المقرض برده ، فله أن يحبسه ويرد مثله ، لأن القرض خرج من ملك المقرض بقبض المقترض له وثبت للمقرض في ذمة المقترض مثله لا عينه . وهذا على القول المعتمد عندهم [(٥)] .

الترجيح :

الراجح من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه الشافعية في الأصح من عدم لزوم القرض بالقبض بعد تسليمه للمقترض ، وللمقرض الرجوع فيه ما دام باقيا بحاله عند المقترض ولم

---

(١) انظر :الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢/ ١٢٠ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٣٠٣/١ .
ونص الشافعية على أنه لا يثبت في القرض خيار المجلس وخيار الشرط ، لأن لكل من العاقدين حق فسخ العقد [انظر : الشيرازي / **المهذب** : ٣٠٣/١] .

(٢) انظر : الشربيني/ **مغني المحتاج** : ١٢٠/٢ .

(٣) انظر : البهوتي/ **كشاف القناع** : ٣/ ٣١٢ ، ٣١٤ .
ونص الحنابلة على أنه لا يثبت في القرض خيار من الخيارات ؛ لأن المقرض دخل على بصيرة أن الحظ لغيره ، فأشبه الهبة . والمقترض متى شاء رده ، فيستغني بذلك عن ثبوت الخيار له . [انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٨٤/٤ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ٧٣٤)] .

(٤) انظر : البهوتي/ **كشاف القناع** : ٣/ ٣١٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٨٤/٤ .

(٥) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ١٦٤/٦ . وانظر من هذا البحث ، ص : ٤٠٤

يتعلق به حق لازم ، كأن يرهنه المقترض ، فلا يجوز للمقرض الرجوع فيه ، حرصا على استقرار المعاملات .

ومما دعاني لهذا الترجيح أن عقد القرض يجمع بين التبرع والمعاوضة ، فالمقرض متبرع وما دام أنه كذلك فله الرجوع في القرض ، إلا أن المقترض ملزم برد بدل القرض وهذا جانب المعاوضة ، ولذلك فإن تعلق بعين القرض حق لازم فلا يجوز للمقرض الرجوع فيه ، ويرد مثله . ــ والله أعلم ــ

الثاني ـ الرهن :

اتفق الفقهاء في الجملة على أن القبض شرط في الرهن ، واختلفوا في أثر القبض على الرهن ، هل هو شرط لزوم أو شرط تمام أو ركن ، على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب الحنفية [١]، والشافعية [٢]، والحنابلة على الراجح عندهم [٣] إلى أنه يُشترطُ القبض في لزوم الرهن ، ويكون للراهن قبل القبض الرجوع عنه أو يسلمه .

جاء في كشاف القناع : " والرهن قبل قبضه جائز غير لازم ؛ لعدم وجود شرط اللزوم ، وهو القبض ، فلو تصرف فيه ــ أي الرهن ــ راهن قبله أي قبل القبض بهبة أو بيع أو عتق ، أو جعله صداقا ، أو عوضا في خلع أو طلاق أو عتق ، أو جعله أجرة ، أو جعلا في جعالة ، ونحو ذلك مما يخرج به عن ملكه أو رهنه ثانيا ، نفذ تصرفه لعدم لزوم الرهن ، وبطل الرهن الأول ؛ لأن هذه التصرفات تمنع الرهن فانفسخ بها " [٤].

القول الثاني : ذهب زفر من الحنفية [٥]، والظاهرية [٦]، إلى أن الرهن لا يصح ولا يجوز إلا بالقبض ، وعلى هذا يكون القبض ركنا .

---

(١) انظر : الكاساني/ **بدائع الصنائع** : ١٣٧/٦ ؛ المرغيناني/ **الهداية** : ١٠ /١٣٧ ؛ البابرتي/ **العناية على الهداية** : ١٣٧/١٠ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٧٠٦) : ٦٦/٥ ؛ حيدر/ **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** شرح (م : ٧٠٦) : ٦٧/٥ .

(٢) انظر : الشربيني/ **مغني المحتاج** : ١٢٨/٢ ؛ النووي/ **روضة الطالبين** : ٦٥/٤ ؛ الشيرازي/ **المهذب** : ٣٠٥/١.

(٣) انظر : البهوتي / **كشاف القناع** : ٣٢١/٣ ، ٣٣٠ــ٣٣١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٩٩/٤ .

(٤) البهوتي : ٣٣١/٣ .

(٥) انظر : الكاساني/ **بدائع الصنائع** : ١٣٧/٦ .

(٦) انظر : ابن حزم / **المحلى** : ٣٦٣/٦ .

القول الثالث : ذهب المالكية [١] إلى أن الرهن يلزم بالعقد ، لكنه لا يتم إلا بالقبض ، وللمرتهن المطالبة بالاقباض ، ويجبر الراهن عليه .

الأدلة :

أدلّة القول الأول :

استدل جمهور الفقهاء على أنه يشترط القبض للزوم الرهن بأدلة من الكتاب والمعقول:

أ ـ من الكتاب :

قوله تعالى : ﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ [٢].

وجه الدلالة من الآية :

يقول الكاساني مبينا وجه الاستدلال بهذه الآية على أن القبض شرط لزوم الرهن وليس بركن : بأن القبض لو كان ركنا لصار مذكورا بذكر الرهن فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه مقبوضة معنى ، فدلَّ ذكر القبض مقرونا بذكر الرهن على أنه شرط وليس بركن . ثم إن وصفه سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضا يقتضي أن يكون القبض فيه شرطا صيانة لخبره تعالى عن الخلف[٣].

وأيضا فإن قوله تعالى ﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ [٤] ، بمعنى الأمر : أي فارهنوا وارتهنوا ، إلا أنه لم يعمل بموجب الأمر الذي هو الوجوب واللزوم في حق نفس الرهن ، حيث لم يجب الرهن على المديون بالإجماع وجب أن يعمل به في شرطه وهو القبض [٥].

ب ـ من المعقول :

١ـ أن الرهن عقد تبرع في الحال ، فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات [٦] .

---

(١) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢٠٦/٢ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٨٣ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٣٧/٦ ؛ الماوردي /**الحاوي** : ٩٧/٧ .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٨٣.

(٥) قاضي زاده / **تكملة فتح القدير** (بتصرف) : ١٣٨/١٠ .

(٦) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٣٧/٦ .

٢ـ ولأن الرهن عقد إرفاق يفتقر إلى القبول . فافتقر إلى القبض ، كالقرض [١] .

أدلّة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول على أن الرهن لا يصحُّ ولا يجوز إلا بالقبض ، فيكون القبض ركنا ، بالكتاب والمعقول :

أ ـ من الكتاب :

قوله تعالى : ﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ [٢] .

وجه الدلالة من الآية :

تدلُّ الآية الكريمة على أن الرهن لا يصح إلا مقبوضا من وجهين :

أحدهما : أنه عطف على ما تقدم من قوله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ [٣] ، فلما كان استيفاء العدد المذكور والصفة المشروطة للشهود واجبا ، وجب أن يكون حكم الرهن كذلك فيما شرط له من الصفة ، فلا يصح إلا عليها كما أن شهادة الشهود لا تصح إلا على الأوصاف المذكورة ، إذ كان ابتداء الخطاب وجه إليهم بصيغة الأمر المقتضي للإيجاب .

الثاني : إنَّ حكم الرهن مأخوذ من الآية ، والآية أجازته بهذه الصفة ، فلا يجوز إجازته على غيرها ، لعدم وجود أصل آخر يوجب جواز الرهن غير الآية [٤].

ب ـ من المعقول :

أن الرهن وثيقة للمرتهن بدينه ، ولو صحَّ غير مقبوض ، لبطل معنى الوثيقة وكان بمترلة سائر أموال الراهن التي لا وثيقة للمرتهن فيها ، وإنما جعل وثيقة له ليكون محبوسا في يده بدينه فيكون عند الموت والإفلاس أحق به من سائر الغرماء ، ومتى لم يكن في يده كان لغوا

---

(١) انظر : الماوردي/ **الحاوي** : ٩٨/٧ ؛ البهوتي/ **كشاف القناع** : ٣٣٠/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤٠٠/٤ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٨٣.

(٣) سورة البقرة : آية ٢٨٢ .

(٤) انظر : الجصاص/**أحكام القران** : ٥٢٣/١ .

لا معنى فيه ، وهو وسائر الغرماء فيه سواء . كالمبيع فإنما يكون محبوسا بالثمن ما دام في يد البائع ، فإن سلّمه إلى المشتري سقط حقه وكان هو وسائر الغرماء سواء فيه [١] .

أدلّة القول الثالث :

استدلّ الإمام مالك على صحة مذهبه بقياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول ، كالبيع . فكما أن البيع يلزم بالإيجاب والقبول ، ويترتب عليه أثره من انتقال الملكية وتسليم الثمن والمثمن ، وإذا امتنع العاقد عن تنفيذ ذلك فإنه يجبر عليه قضاء ، فكذلك الرهن يلزم بالقول ، فإذا تم الإيجاب والقبول انعقد الرهن ولزم ، ويترتب عليه أثره ويجبر الراهن على تسليم الرهن [٢].

المناقشة :

أما ما استدلّ به جمهور الفقهاء من أن الرهن عقد تبرع للحال ، فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات كالهبة .

يمكن أن يجاب عنه بأن قياس الرهن على الهبة قياس مع الفارق ؛ لأن الرهن في مقابل التزام مالي بخلاف الهبة وغيرها من التبرعات .

ويمكن أن يجاب على أدلة الرأي الثاني بأن الآية وإن كانت وصفت الرهان بكونها مقبوضة ، لكنها لا تدل على أن الرهن ركن وجزء من الماهية . وأيضا فإن القبض لو كان ركنا لما احتاج إلى الذِكْر ؛ لأنه يصير مذكورا بذكر الرهن لكونه جزءاً من الماهية .

وإذا فغاية الأمر أن الآية تدل على أن القبض مطلوب في الرهن ، وهذا يتحقق بكونه شرط لزوم كما قال جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة ، أو شرط تمام ولكنه يجبر عليه كما قال المالكية .

إذ لو لم يكن القبض شرطا لكان بالإمكان الاكتفاء بالعقد اللفظي وبقاء المال المرهون في يد الراهن [٣] .

وأما ما استدل به المالكية على صحة مذهبهم من قياس الرهن على سائر العقود اللازمة

---

(١) الجصاص/**أحكام القران** (بتصرف) : ٥٢٣/١ .

(٢) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢٠٦/٢ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٣٧/٦ ؛ الماوردي /**الحاوي** : ٩٧/٧.

بالقول ، كالبيع . فيُردُّ بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الرهن عقد إرفاق والبيع معاوضة وليس بإرفاق فافترقا [١].

الترجيح :

بالموازنة بين أقوال الفقهاء السابقة يظهر لي — والله أعلم — رجحان قول جمهور الفقهاء الذي يرى أن القبض شرط في لزوم الرهن ، ويكون للراهن قبل القبض الرجوع عنه أو يسلمه ، وذلك لأن الفقهاء متفقون في الجملة على أن القبض شرط في الرهن ، إلا أنهم اختلفوا هل هو شرط انعقاد أو شرط لزوم أو شرط تمام .

وبإمعان النظر في استدلالهم يظهر لي أن المولى سبحانه وتعالى وصف الرهن بكونه مقبوضا في قوله تعالى : ﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ [٢] وليس في الآية ما يدل على كونه شرط انعقاد أو شرط لزوم أو شرط تمام ، إلا أنه بما تقدم من مناقشة وجه الاستدلال بهذه الآية يترجح قول الجمهور ، يؤيده أن طبيعة عقد الرهن تقتضي أن يكون القبض شرط لزوم ؛ لأنه عقد تبرع وإرفاق ، فلا يلزم إلا بالقبض كسائر التبرعات .

ثمرة الخلاف :

فائدة الفرق أن من قال أن القبض شرط لزوم قال : ما لم يقع القبض لم يلزم الراهن الرهن ، وكذلك من قال أن القبض ركن ، ومن قال شرط تمام قال : يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الإقباض إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يموت [٣] .

الثالث ـ الوقف :

اختلف الفقهاء في اشتراط القبض للزوم الوقف وتمامه ، على قولين :

القول الأول : ذهب أبو يوسف من الحنفية [٤] ، والمالكية [٥] ، والشافعية [٦]،

---

(١) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤/٤٠٠ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٨٣.

(٣) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢/٢٠٦ .

(٤) وقوله هو المفتى به في المذهب . انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٤/٣٣٨ ، ٣٤٨ ـ ٣٤٩ ؛ المرغيناني/ **الهداية** : ٦/٢٠٨ ـ ٢٠٩ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٦/٢٠٨ـ ٢٠٩ .

(٥) انظر : الخرشي/ **الخرشي على مختصر خليل وحاشية العدوي عليه** : ٧/٧٩ ، ٨٤ ؛ الدردير/ **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٤/٧٥ .

(٦) انظر : النووي/ **روضة الطالبين** :٥/٣٤٢ ؛ الماوردي/ **الحاوي** : ٩/٣٧٢ .

والحنابلة [١] ، إلى أن الوقف يلزم باللفظ ، فيزول ملك الواقف عن الوقف بمجرد القـــول ، وإن لم يحكم به حاكم ، وإن لم يخرجه مخرج الوصية .

وللمالكية تفصيل في المسألة ينبغي ذكره إجمالا ، فالمالكية يرون أن الوقف يبطل إذا لم يحز قبل موت الواقف أو قبل فلسه أو قبل مرضه الذي مات فيه . هذا إن لم يطَّلـــع علـــى الوقف إلا بعد حصول المانع من الحوز ، أما لو اطَّلع عليه قبل الموت أو الفلس أو المـــرض ، فإنه يجبر على التحويز والتخلية ، وإذا أراد الرجوع في الوقف فليس له ذلك لأن الوقف يلزم بالقول [٢].

القول الثاني : ذهب محمد بن الحسن من الحنفية [٣]، ورواية عن الإمام أحمـــد [٤] ، إلى أن الوقف لا يلزم إلا بالقبض ولا يزول ملك الواقف عن الوقف حتى يقبض [٥] .

الأدلَّة :

أدلَّة القول الأول :

استدلَّ جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة على أن الوقف يلزم باللفظ بالسُّـنة وعمل الصحابة والقياس :

من السُّنة :

ما رُوي عَنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِي اللَّهُ عَنْهُمَا أَنْ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّاب أَصَابَ أَرْضًا بِخَيْبَرَ فَـأَتَى النَّبِيَّ ﷺ يَستَأْمِرُهُ فِيهَا فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ لَمْ أُصِبْ مَالاً قَطُّ أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ فَمَا تَأْمُرُ بِهِ . قَالَ : ((إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بهَا)) قَالَ فَتَصَدَّقَ بِـهَا عُمَرُ أَنَّهُ لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوهَبُ وَلاَ يُورَثُ وَتَصَدَّقَ بِهَا فِي الْفُقَرَاءِ وَفِي الْقُرْبَى وَفِي الرِّقَاب وَفِي

(١) انظر : ابن قدامة / **الكافي في فقه الإمام أحمد** : ٤٥٥/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٠٩/٦ .

(٢) انظر : الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل وحاشية العدوي عليه** : ٨٤/٧ .

(٣) انظر : الحصكفي/ **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٣٤٨/٤ ـــ ٣٤٩ ؛ المرغيناني/ **الهداية** : ٢٠٨/٦ ـــ ٢٠٩ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٠٨/٦ـــ ٢٠٩ ؛ الكاساني/ **بدائع الصنائع** : ٢١٩/٦.

(٤) انظر : ابن قدامة / **الكافي في فقه الإمام أحمد** : ٤٥٥/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٠٩/٦ .

(٥) وتسليم كل شيء بما يليق به ، ففي المسجد بالإفراز والصلاة فيه وفي غيره بنصب المتولي وتسليمه إياه . [انظر : الحصكفي/ **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٣٤٨/٤ ؛ الكاساني/ **بدائع الصنائع** : ٢١٩/٦] .

سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَالضَّيْفِ، لا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ وَيُطْعِمَ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ [(١)].

وجه الدلالة من الحديث :

اقتضى ظاهر قوله ﷺ ((إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا)) أن القربة تحصل بنفس الحبس ، ولم يعتبر حكم الحاكم به بعد الوقف ، ولا الوصية به [(٢)].

وقال الشافعي : " إذا كان عمر لا يعرف وجه الحبس أفيعلمه حبس الأصل وسبل الثمرة ويدع أن يعلمه أن يخرجها من يديه إلى من يليها عليه ولمن حبسها عليه ، لأنها لو كانت لا تتم إلا بأن يخرجها المحبس من يديه إلى من يليها دونه ، كان هذا أولى أن يعلمه ، لأن الحبس لا يتم إلا به ، ولكنه علمه ما يتم له ، ولم يكن في إخراجها من يديه شيء يزيد فيها ولا في إمساكها يليها هو شيء ينقص صدقته " [(٣)].

من آثار الصحابة :

قال الشافعي : "لم يزل عمر بن الخطاب المتصدق بأمر رسول الله ﷺ يلي فيما بلغنا صدقته حتى قبضه الله تبارك وتعالى ، ولم يزل علي بن أبي طالب رضي الله عنه يلي صدقته بينبع حتى لقي الله عز وجل ، ولم تزل فاطمة عليها السلام تلي صدقتها حتى لقيت الله تبارك وتعالى . أخبرنا ذلك أهل العلم من ولد فاطمة وعلي وعمر ومواليهم " [(٤)].

من القياس :

أن الوقف تبرع يمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرد العقد كالعتق ؛ بجامع إسقاط الملك [(٥)].

أدلّة القول الثاني :

استدلّ محمد بن الحسن من الحنفية والرواية الثانية عن الإمام أحمد على أن الوقف لا يلزم إلا بالقبض بالمعقول فقالوا :

---

(١) تقدم تخريجه ، ص : ١٤٦.

(٢) انظر : المنهاجي / **جواهر العقود** : ٣١٣/١ .

(٣) **الأم** : ٥٥/٤ . وانظر : الماوردي / **الحاوي** : ٣٧٢/٩ .

(٤) **الأم** : ٥٥/٤ .

(٥) انظر : الشافعي / **الأم** : ٥٥/٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢١٠/٦ ؛ ابن قدامة /**الكافي في فقه الإمام أحمد** : ٤٥٥/٢.

١ـ إن الوقف تبرع بمال كالصدقة فلا بد من القبض والإفراز ، ولأن التمليك من الله تعالى لا يتحقق قصدا ، لأنه مالك الأشياء ولكنه يثبت في ضمن التسليم إلى العبد كما في الزكاة وغيرها من الصدقات المنجزة [١].

ويمكن أن يجاب عن هذا ، بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن ملكية الرقبة في الموقوف لا تنتقل إلى الموقوف عليه بل إلى الله تعالى ، بينما تنتقل الملكية في الصدقة والزكاة إلى المعطى .

٢ ـ أن الوقف تبرع بمال لم يخرجه عن المالية ، فلم يلزم بمجرده كالهبة والوصية [٢].

وأجيب عن هذا ، بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الوقف إذا تمّ خرج عن ملك مالكه بكل حال و لم يرجع إليه بوجه من الوجوه ، وملك من وقفت عليه المنفعة دون الأصل ، فلا يحل له بيعه ولا هبته .

أما الهبة إذا تمّت فإن لمن أُعطِيَها بيعَها وهبتَها والتصرفَ فيها كما يشاء ، فإن ردّها المعطى أو لم يقبلها أو رجعت إلى المعطي بميراث أو غير ذلك من وجوه الملك ، حل له أن يملكها

وأما الوصية فإن للموصي أن يرجع في وصيته بعد الإشهاد عليها ، وله أن يرجع إذا مات من أوصى له أو ردها [٣].

الترجيح :

بالموازنة بين أقوال الفقهاء السابقة يظهر لي ـ والله أعلم ـ رجحان قول جمهور الفقهاء الذي يرى أن الوقف يلزم باللفظ ، فيزول ملك الواقف عن الوقف بمجرد القول ولا يشترط القبض للزومه ؛ وذلك لقوة ما استدلوا به من السنة وعمل الصحابة والقياس .

الرابع ـ الهبة :

اختلف الفقهاء في الهبة ، هل يشترط القبض للزومها ؟ في المسألة ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن القبض شرط في لزوم الهبة واستمرارها ، فلا تُملك إلا به ، ويكون

---

(١) انظر : الحصكفي/ **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٣٤٨/٤ ـ ٣٤٩ ؛ المرغيناني/ **الهداية** : ٢٠٨/٦ ـ ٢٠٩ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٠٨/٦ـ ٢٠٩ ؛ الكاساني/ **بدائع الصنائع** : ٢١٩/٦.

(٢) انظر : ابن قدامة / **الكافي في فقه الإمام أحمد** : ٤٥٥/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٠٩/٦ .

(٣) انظر : الشافعي / **الأم** : ٥٦/٥ .

للواهب الرجوع قبل القبض [(١)] .

وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية [(٢)]، والشافعية [(٣)]، والحنابلة في إحدى الروايتين عن أحمد في غير المكيل والموزون [(٤)].

القول الثاني : أن القبض في الهبة شرط تمام ، فالهبة تنعقد وتلزم بالإيجاب والقبول ، لكنها لا تتم إلا بالقبض ، فإن عُدم لم تلزم وإن كانت صحيحة .

وهذا قول المالكية [(٥)].

---

(١) ومع اتفاقهم على اشتراط القبض في لزوم الهبة إلا أنهم اختلفوا في حكم العقد إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض :

فعند الحنفية : تبطل الهبة بموت الواهب أو الموهوب له قبل القبض .

ونص الإمام مالك وجماعة من أصحابه على أن موت الواهب قبل الحوز يبطل العقد سواء أشهد على الهبة أم لا ، وإن مات الموهوب له فورثته بمنزلته .

وفصل بعض المالكية فذكروا عشرة صور لعقد الهبة في حالة موت الواهب أو الموهوب له

وقال الشافعية : لا ينفسخ العقد بموت الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، بل يقوم وارثه مقامه ، فوارث الواهب في الإقباض والإذن في القبض ، ووارث الموهوب له في القبض .

وذهب الحنابلة إلى أن موت الموهوب له قبل القبض يبطل العقد ، أما موت الواهب فلا يبطله ، ويقوم وارثه مقامه في الإقباض أو الرجوع عنه.

[انظر : أفندي / **تكملة رد المحتار** : ٤٧٠/٨ ؛ **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٤٠٢/٧ ؛ مالك / **الموطأ** : ٥٧٧/٢ ، كتاب الأقضية (٣٦) ، باب ما لا يجوز من العطية (٣٤) ؛ الباجي / **المنتقى** : ١٠٩/٦ — ١١٠؛ ابن جزي/ **القوانين الفقهية** : ٢٤٢ ؛ المواق / **التاج والإكليل** : ٥٦/٦ — ٥٧ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٠٢/٤ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٤٠١/٢ ؛ الأنصاري / **شرح المنهج وحاشية الجمل عليه** : ٥٩٨/٣ ؛ ابن قدامة / **الكافي**: ٤٦٦/٢ — ٤٦٧ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٥٢٠/٢] .

(٢) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ٩/ ١٩ — ٢٠ ؛ قاضي زاده / **تكملة فتح القدير** : ٢٠/٩ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٢٣/٦ ؛ أفندي / **تكملة رد المحتار** : ٤٢٤/٨ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م: ٨٦١) : ٤٠١/٧ .

(٣) انظر : الماوردي/ **الحاوي** : ٤٠١/٩ ؛ الشربيني/ **مغني المحتاج** : ٤٠٠/٢ — ٤٠١ ؛ الأنصاري / **شرح المنهج وحاشية الجمل عليه** : ٥٩٨/٣ .

(٤) انظر : المرداوي/ **الإنصاف** : ١١٩/٧ ، ١٢٢ ؛ ابن تيميه / **المحرر** : ٣٧٤/١ ؛ البهوتي/ **شرح منتهى الإرادات** : ٥١٩/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٦/ ٢٧٤ ، ٢٧٧ ؛ ابن قدامة / **الكافي** : ٤٦٦/٢ .

(٥) انظر : ابن رشد/ **بداية المجتهد** : ٢٤٧/٢ ؛ الدردير/ **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٠١/٤ ؛ **المنتقى** : ١٠٨/٦ ؛ ابن جزي/ **القوانين الفقهية** : ٢٤٢ ؛ التسولي/ **البهجة شرح التحفة** : ٢٤١/٢ .

القول الثالث : أن القبض ليس من شروط الهبة ، لا شرط تمام ، ولا شرط لـزوم ، فمن وهب هبة سالمة من شرط الثواب فقد تمت باللفظ ، ولا يُشترط حيازتها ، ولا قبضها .

وهذا قول الظاهرية ، ورواية عن أحمد في غير المكيل والموزون [١].

سبب الخلاف :

سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة اختلاف الأدلة .

فعمدة من اشترط القبض أن ذلك مروي عن أبي بكر في حديث هبته لعائشة [٢] ، وأيضا ما روى مالك عن عمر أنه قَالَ : ((مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْحَلُونَ أَبْنَاءَهُمْ نُحْلًا ثُمَّ يُمْسِكُونَهَا فَإِنْ مَاتَ ابْنُ أَحَدِهِمْ قَالَ مَا لِي بِيَدِي لَمْ أُعْطِهِ أَحَدًا ، وَإِنْ مَاتَ هُوَ قَالَ هُوَ لابْنِي قَدْ كُنْتُ أَعْطَيْتُهُ إِيَّاهُ . مَنْ نَحَلَ نِحْلَةً فَلَمْ يَحُزْهَا الَّذِي نُحِلَهَا حَتَّى يَكُونَ إِنْ مَاتَ لِوَرَثَتِهِ فَهِيَ بَاطِلٌ)) [٣] ، وأيضا قالوا : وهو إجماع الصحابة ؛ لأنه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف .

وعمدة من لم يشترط القبض أن الأصل في العقود عدم اشتراط القبض لصحتها حتى يقوم دليل على اشتراطه ، وأيضا تشبيههم الهبة بالبيع .

أما الفريق الثالث وهم الإمام مالك وأصحابه فجمعا بين الأدلة ــ القياس وما روي عن الصحابة ــ قالوا : إن الهبة شرط تمام .

فالهبة من حيث هي عقد من العقود لم يشترطوا القبض لصحتها ، ومن حيث اشترط الصحابة فيها القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر جعل المالكية القبض فيها شرط تمام [٤].

الأدلّة :

أولا ـ أدلّة جمهور الفقهاء على أن القبض شرط في لزوم الهبة :

استدلّ جمهور الفقهاء على أن القبض شرط في لزوم الهبة واستمرارها ، فلا تُملك إلا به ، ويكون للواهب الرجوع قبل القبض بما يلي :

---

(١) انظر : ابن حزم / **المحلى** : ٦٢/٨ ؛ المرداوي/ **الإنصاف** : ٧/ ١١٩ ــ ١٢٠ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٧٤/٦ .

(٢) تقدم تخريجه ، ص: ٤١٠ .

(٣) تقدم تخريجه ، ص: ٤١٠ .

(٤) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢٤٧/٢ .

استدلَّ جمهور الفقهاء على أن القبض شرط في لزوم الهبة واستمرارها ، فلا تُملك إلا به ، ويكون للواهب الرجوع قبل القبض بما يلي :

من السنة :

١ ــ لَمَّا تزَوَّجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أُمَّ سَلَمَةَ قَالَ لَهَا إِنِّي قَدْ أَهْدَيْتُ إِلَى النَّجَاشِيِّ حُلَّةً وَأَوَاقِيَّ مِنْ مِسْكٍ وَلاَ أَرَى النَّجَاشِيَّ إِلَّا قَدْ مَاتَ وَلاَ أَرَى إلاَّ هَدِيَّتِي مَرْدُودَةً عَلَيَّ فَإِنْ رُدَّتْ عَلَيَّ فَهِيَ لَكِ قَالَ وَكَانَ كَمَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَرُدَّتْ عَلَيْهِ هَدِيَّتُهُ فَأَعْطَى كُلَّ امْرَأَةٍ مِنْ نِسَائِهِ أُوقِيَّةَ مِسْكٍ وَأَعْطَى أُمَّ سَلَمَةَ بَقِيَّةَ الْمِسْكِ وَالْحُلَّةَ)) [١].

في الحديث دلالة ظاهرة على أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض ؛ لأنه لو لزمت الهبة من غير قبضها لما استجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتملكها ويتصرف فيها .

٢ــ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ :((يَقُولُ ابْنُ آدمَ مَالِي مَالِي . قَالَ : وَهَلْ لَكَ يَا ابْنَ آدَمَ مِنْ مَالِكَ إلاَّ مَا أَكَلْتَ فَأَفْنَيْتَ أَوْ لَبِسْتَ فَأَبْلَيْتَ أَوْ تَصَدَّقْتَ فَأَمْضَيْتَ)) [٢].

دلَّ الحديث على أن الإمضاء شرط في الصدقة ، والإمضاء هو التسليم [٣].

من آثار الصحابة :

١ــ قول أبو بكر الصِّدِّيقَ رضي الله عنه في حديث هبته لعائشة رضي الله عنها : ((وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكِ جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا فَلَوْ كُنْتِ جَدَدْتِيهِ وَاحْتَزْتِيهِ كَانَ لَكِ وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ وَارِثٍ)) [٤]

فدلَّ ذلك على أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض ، لأنها لو لزمت قبله لما قال رضي الله عنه (إنما هو اليوم مال وارث) .

٢ ــ قول عُمَرَ بْنَ الْخَطَّاب رضي الله عنه : ((مَنْ نَحَلَ نِحْلَةً فَلَمْ يَحُزْهَا الَّذِي نُحِلَهَا حَتَّى يَكُونَ إِنْ مَاتَ لِوَرَثَتِهِ فَهِيَ بَاطِلٌ)) [٥] . وفي ذلك دلالة ظاهرة على أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض .

---

(١) تقدم تخريجه ، ص : ٤٠٩ .

(٢) رواه مسلم .

مسلم ، **الصحيح** : ٢٢٧٣/٤ ، كتاب الزهد والرقائق (٥٣) ، حديث (٣/ ٢٩٥٨) .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٢٣/٦ .

(٤) تقدم تخريجه ، ص : ٤١٠ .

(٥) تقدم تخريجه ، ص : ٤١٠ .

وأيضا استدلَّ جمهور الفقهاء على صحة مذهبهم بإجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فإن هذا القول مروي عن أبي بكر وعمر وعثمان ، وابن عباس وابن عمر ولم يعرف لهما من الصحابة مخالف ، وروي هذا القول عن جماعة من التابعين منهم عمر بن عبد العزيز [١].

من المعقول :

١ـ أن الهبة عقد إرفاق يفتقر إلى القبول ، فوجب أن يفتقر إلى القبض كالقرض [٢].

٢ ـ أن الهبة إذا لم تقبض فلا تلزم ، كما لو مات الواهب قبل التسليم فإن الهبة لا تلزم الوارث ، كالرهن طردا والبيع عكسا [٣].

٣ ـ" ولأنها عقد تبرع فلو صحَّت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغيير المشروع" [٤].

ثانيا ـ أدلَّة المالكية على أن القبض في الهبة شرط تمام :

استدلَّ المالكية على أن القبض شرط تمام الهبة بنفس ما استدلَّ به الجمهور على أن القبض شرط لزوم الهبة ، واستدلُّوا على انعقاد الهبة ولزومها بالقول بالكتاب والسُّنة والمعقول :

من الكتاب :

قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [٥]. فالآية عامة في وجوب الوفاء بالعقود من غير حاجة إلى القبض ، والهبة داخلة في عموم الآية .

---

(١) انظر : عبد الرزاق / **المصنف** : ١٠٢/٩ ، كتاب الوصايا ، باب النحل ، الأثر عن عمر (١٦٥٠٩) .
و : ٢/ ١٠٨ ، كتاب المواهب ، باب الهبات ، الأثر عن عثمان (١٦٥٣٢) .
و : ٢/ ١٠٣ ، ١٠٤ ، عن عمر بن عبد العزيز (١٦٥١٣ ، ١٦٥١٤) .
وانظر : الكاساني/ **بدائع الصنائع** : ١٢٣/٦ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي**: ٢٧٤/٦ ؛ ابن حزم / **المحلى** : ٦٥/٨ .

(٢) الماوردي / **الحاوي** : ٤٠٢/٩ (بتصرف) .

(٣) انظر : الماوردي / **الحاوي** : ٤٠٢/٩ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٧٥/٦ .

(٤) الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٢٣/٦ .

(٥) سورة المائدة : آية ١ .

من السُّنة :

قَالَ النَّبِيُّ ﷺ ((الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ)) [(١)].

وجه الاستدلال بهذا الحديث على حرمة الرجوع واضح ، فكما أن القيء محرم ، ولا يجوز أكله فكذلك الهبة لا يجوز الرجوع فيها ، والحديث مطلق وليس فيه ذكر القبض فيبقى على إطلاقه ، وعلى هذا تكون الهبة ملزمة بمجرد العقد .

يقول الحافظ ابن حجر ـ رحمه الله ـ : " ولعل هذا أبلغ في الزجر عن ذلك ، وأدلّ على التحريم بما لو قال مثلا : لا تعودوا في الهبة " [(٢)].

من المعقول :

أن الهبة عقد فلم يفتقر لزومه إلى قبض المعقود عليه كسائر العقود [(٣)].

ثالثاً ـ أدلّة الظاهرية ومن وافقهم على عدم اشتراط القبض في الهبة :

استدل أهل الظاهر ومن وافقهم على أن القبض ليس من شروط الهبة وأن الهبة تلزم وتتم بدونه بما يلي :

من الكتاب :

قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [(٤)] . عام في وجوب الوفاء بالعقود من غير حاجة إلى القبض ، والهبة داخلة في عموم الآية .

وقوله تعالى : ﴿ولا تُبطِلُوا أعمالَكُم ﴾ [(٥)]

قال ابن حزم : " من لَفَظَ بالهبة أو الصدقة فقد عمل عملا ، وعَقَدَ عقدا لزمه الوفاءُ به ، ولا يَحلُّ لأحد إبطاله إلا بنصٍّ ولا نصَّ في إبطاله " [(٦)].

---

(١) تقدم تخريجه ، ص : ٤١٢.

(٢) فتح الباري : ٥/٥٥٧ .

(٣) انظر : الباجي / المنتقى : ٦/١٠٨ .

(٤) سورة المائدة : آية ١

(٥) سورة محمد : آية ٣٣ .

(٦) المحلى : ٨/٧١ .

من المعقول :

أن الهبة من عقود التمليكات وإنْ كانت بلا مقابل ، فكان منها ما لا يلزم قبل القبض ومنها ما يلزم قبله ، كالبيع فمنه ما لا يلزم قبل القبض وهو الصرف وبيع الربويات ، ومنه ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك [١] .

المناقشة :

أولا - مناقشة أدلّة القول الأول :

ناقش الظاهرية والحنابلة في رواية ما استدل به جمهور الفقهاء على صحة مذهبهم من أن القبض شروط لزوم الهبة ، فقالوا :

أما قوله صلى الله عليه وسلم ((إلا ما تصدَّقت ، أو أعطيت)) ، فلم يقل عليه السلام إن الإمضاء هو شيء آخر غير التصدق ، والإعطاء ، ولا جاء ذلك قط في لغة ، بل كل تصدق وإعطاء إعطاء ، فاللفظ بهما إمضاء لهما وإخراج لهما عن ملكه ، كما أن الأكل نفسه هو الإفناء ، واللبس هو الإبلاء ، لأن لكل لَبْسة حظها من الإبلاء ، فإذا تردَّد اللباس ظهر الإبلاء ، فبطل احتجاجهم بهذا الخبر [٢] .

وأما حديث أبي بكر في هبته لعائشة فإن جذاذ عشرين وسقا يحتمل أنه أراد به عشرين وسقا مجذوذة فيكون مكيلا غير معين وهذا لا بد فيه من القبض ، وإن أراد نخلا يجذ منها عشرين وسقا فهو أيضا غير معيّن فلا تصحُّ الهبة فيه قبل تعيينه ، فيكون معناه وعدتك بالنحلة .

وأما قول عمر فقد أراد به النهي عن التحيل بنحلة الوالد ولده نحلة موقوفة على الموت ؛ فإذا مات الوالد أخذ الولد بحكم النحلة التي أظهرها ، وإن مات الولد أمسك الوالد النحلة ولم يعطها لورثة الابن ، والنحلة على هذا الوجه مُحرَّمة ، فنهاهم عمر عن هذا حتى يحوزها الولد دون والده ، فإن مات ورثها ورثته كسائر ماله [٣] .

---

(١) ابن قدامة / الشرح الكبير على متن المقنع (بتصرف) : ٢٧٧/٦ .

(٢) ابن حزم / المحلى (بتصرف) : ٦٥/٨ .

(٣) ابن قدامة / الشرح الكبير على متن المقنع (بتصرف): ٢٧٧/٦ — ٢٧٨ .

وردوا هذا الاعتراض بأنه إذا كان هذا هو المقصود اختصَّ بهبة الولد وشبهه ، إلا أنـــه رُوي عن علي وابن مسعود خلافه فتعارضت أقوالهم [(١)].

ثانيا ـ مناقشة أدلّة القول الثاني :

ناقش جمهور الفقهاء المالكية فيما ما استدلُّوا به على صحة مذهبهم من أن القبـــــض شرط تمام الهبة ، وأنها تلزم بالقول ، فقالوا :

أما قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [(٢)] ، فالمراد به لازم العقود ولزوم الهبة بـــالقبض لا بالعقد [(٣)].

وأما حديث ((الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ)) [(٤)]، فمحمول على ما بعـــد القبض [(٥)].

أما قولهم إن الهبة عقد فلم يفتقر لزومه إلى قبض المعقود عليه كسائر العقود ، فالجواب عنه ، بأن الهبة من عقود التبرعات ، والتبرع لا يلزم إلا بالقبض .

الترجيح :

بالموازنة بين أقوال الفقهاء السابقة يظهر لي ـــ والله أعلم ـــ رجحان قـــول جمـــهور الفقهاء الذي يرى أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول لكن لا تلزم قضاء إلا بالقبض .

وإذا انعقد العقد بالقول فإنه يجب على الواهب ديانـــة الوفـــاء بعقـــده وإلا يـــأثم ، للأحاديث الدالّة على وجوب الوفاء بالوعد ، والأحاديث الدالّة على حرمـــة الرجـــوع في الهبة .

* * * * *

(١) انظر : ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٢٧٨/٦

(٢) سورة المائدة : آية ١

(٣) انظر : **الماوردي / الحاوي** : ٤٠٢/٩ .

(٤) تقدم تخريجه ، ص : ٤١٢ .

(٥) انظر : الماوردي / **الحاوي** : ٤٠٢/٩ .

المبحث الثالث ــ قاعدة العقود التي يُشترطُ قبضُ المحل فيها قبل التصرف فيه ببيع ونحوه ، والعقود التي لا يُشترط فيها ذلك :

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط القبض في العقود[1] ، وبناء على هذا فقد اختلفت أقوالهم في العقود التي يصحُّ التصرف فيها قبل قبض المحل ، والتي لا يصحُّ التصرف فيها قبل قبضه ، والقاعدة العامة في ذلك عند الفقهاء هي على النحو التالي :

أولا ـ ما مُلِكَ بعقد لا معاوضة فيه :

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة [2] : أن كلَّ ما مُلِكَ بعقد لا معاوضة فيه ، يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، وذلك كالهبة والهدية والصدقة والوصية . وكذلك ما مُلِكَ بغير عقد ، كالإرث .

وخالف الظاهرية جمهور الفقهاء في بيع الطعام ، والطعام عندهم هو القمح خاصة . فقد ذهب الظاهرية إلى أن بيع الطعام قبل قبضه لا يجوز بأي وجه مَلَكَهُ ، سواء أملك بعقد معاوضة من بيع أو إجارة أو سلم أم بغير ذلك ، أم مُلِكَ بعقد لا معاوضة فيه كالهبة أو الصدقة وغيرها ، أم بغير عقد كالإرث [3] ، لحديث عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : ((مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ)) قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : وَأَحْسِبُ كُلَّ شَيْءٍ مِثْلَهُ [4].

أما غير الطعام فالمنهي عن بيعه قبل القبض هو ما مُلِكَ بالشراء فقط [5] .

---

(١) من العقود ما يُشترطُ القبض في صحته ومنها ما يُشترطُ القبض للزومه ومنها ما يُشترطُ القبض لنقل ملكية المعقود عليه .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٨١/٥ ؛ الباجي / **المنتقى** : ٤/ ٢٨١ ــ ٢٨٢ ؛ البغدادي / **المعونة** : ٩٧٠/٢ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ١٦٣/٥ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٢٦٢/١ ؛ النووي / **المجموع** : ٢٦٥/٩ ــ ٢٦٦ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٤٠/٤ ، البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٤٥/٣ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٩٠/٢ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق: ٥٢) : ٧٨ ــ ٧٩.

(٣) انظر : ابن حزم / **المحلى**: ٧/ ٤٧٣ .

(٤) رواه مسلم .

مسلم ، **الصحيح** : ١١٥٩/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب بطلان بيع المبيع قبل قبضه (٨) ،حديث (١٥٢٥/٢٩) .

وله شاهد من حديث ابن عمر في صحيح مسلم : ٣/ ١١٦٠ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب بطلان بيع المبيع قبل قبضه (٨) ، حديث (١٥٢٦/٣٢) .

(٥) انظر : ابن حزم / **المحلى**: ٧/ ٤٧٣ .

ثانيا - ما مُلِكَ بعقد من عقود المعاوضات :

أولا - مذهب الحنفية ، والحنابلة [١] :

لفقهاء الحنفية ، والحنابلة أصل لهذه القاعدة هو : أنَّ كلَّ عوض مُلِكَ بعقد ينفسخ فيه العقد بهلاك العوض قبل القبض ، لا يجوز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه ، كالمبيع والأجرة وبدل الصلح[٢] ونحوهم .

وكل عوض مُلِكَ بعقد لا ينفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض ، يصِحُّ التصرف فيه قبل القبض ، كالصداق وعوض الخلع وبدل العتق وبدل الصلح عن دم العمد ، فكل ذلك يصح بيعه وإجارته وهبته قبل قبضه وسائر التصرفات[٣].

بيان ذلك : أنَّ الأصل هو الصحة في التصرف الصادر من الأهل المضاف إلى المحل ، والفساد هنا جاء من عارض هو غرر الانفساخ الناشئ عن عدم القدرة على التسليم لاحتمال هلاك المحل — المعقود عليه — ، ولا يتوهم ذلك الغرر في التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ، فكان القول بجواز هذه التصرفات عملاً بالأصل ، ولانتفاء المانع [٤].

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٨١/٥ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ١٤٨/٥ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٤٠/٤ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٨٩/٢ — ١٩٠ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٥٢) : ٧٤ — ٧٨ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ٥٢) : ٨٦ .

(٢) إذا كان منقولا معينا ، وأما بيع العقار قبل القبض فجائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد وزفر لا يجوز [الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٨١/٥] .

وعند الحنابلة إذا كانت الأجرة وبدل الصلح من غير المكيل أو الموزون أو المذروع . [ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي**: ٢٤٠/٤] .

(٣) وللحنابلة فيه وجه ثان : " أن حكمها حكم البيع ، فلا يجوز التصرف في غير المعين منها قبل القبض ، وهو الذي ذكره القاضي في خلافه ، وقال : هو قياس قول أصحابنا ، وابن عقيل في الفصول المفردات ، والحلواني والشيرازي وصاحب المحرر ، واختاره صاحب المغني في كتاب النكاح إلحاقا لها بسائر عقود المعاوضات " [ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٥٢) : ٧٨] .

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٨١/٥ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٥٢) : ٧٧ —٧٨ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٤٠/٤ .

وعلى هذا فإن كان لإنسان في يد غيره وديعة أو عارية أو مضاربة أو جعله وكيلاً فيه، صحَّ له التصرف فيها ببيعها لمن في يده ولغيره ؛ لأنها عين مال مقدور على تسليمها لا يخشى انفساخ الملك فيها ، فجاز لمالكها التصرف فيها كما لو كانت في يده [(١)].

وأما ما أُشترِطَ القبض فيه لصحة عقده ، فلا يصح التصرف فيه قبل القبض ، كالصرف والسلم ؛ لعدم ثبوت الملك [(٢)].

ثانيا . مذهب المالكية [(٣)] :

قَسَّم المالكية عقود المعاوضات إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول — عقود المعاوضات التي يُقصد بها المكايسة والمغابنة ، كالبيوع والإجارات والمهور والصلح عن مال المضمون بالتعدي ، فهذه العقود وما في حكمها لا يَصِحُّ التصرف فيها بالبيع ونحوه قبل القبض ؛ لأنه لا يجوز أن يتوالى عليها — أي هذه العقود وأمثالها — عقدان من جنس واحد أو من جنسين مختلفين على معين أو ثابت في الذمة من غير أن يتخللهما قبض ؛ حفظاً من الوقوع في الربا ، وللحديث ((مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ)) [(٤)] .

القسم الثاني — عقود المعاوضات التي لا يقصد بها المغابنة ، وإنما تكون على جهة الرفق ، كالقرض ، يصح التصرف فيه قبل القبض ببيع ونحوه .

القسم الثالث — عقود المعاوضات التي يصح أن تقع على الوجهين — أي تتردد بين قصد المغابنة والرفق — ، كالشركة والإقالة والتولية ، فهذه العقود وما في حكمها يصح التصرف فيما مُلِكَت به قبل القبض ببيع ونحوه ، إذا لم تدخلها زيادة أو نقصان ؛ لانتفاء

---

(١) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤/٢٤٠.

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/١٨١ — ١٨٢ ، ٢٣٤ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٥٢) : ٧٨ .

(٣) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢/١٠٩ — ١١٠ ؛ الباجي / **المنتقى** : ٤/ ٢٨٠ — ٢٨١ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٧٠ — ١٧١ ؛ المكي / **تهذيب الفروق** :٣/٢٨٧ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ٥/١٦٣ — ١٦٤ ؛ البغدادي / **المعونة** : ٢/٩٧٠ — ٩٧٢ .

(٤) متفق عليه .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٥/٨٠ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب ما يُذْكَرُ في بيع الطعام ، والحُكْرة (٥٤) ، حديث (٢١٣٣)

مسلم ، **الصحيح** : ٣/١١٦٠، كتاب البيوع (٢١) ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (٨) ، حديث (١٥٢٥/٣٠)

العلة التي من أجلها مُنعَ التصرف فيها قبل القبض وهي كونها ذريعة موصلة للربا كالعينة ؛ لأنه إذا لم تدخلها زيادة أو نقصان فالمراد بها الرفق لا المغابنة ، فتلحق بالقسم الثاني .

ولما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : ((مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة)) [1] .

ثالثا . مذهب الشافعية [2] :

الأصل عند الشافعية في هذه القاعدة كما يلي :

أولا : كل ما مُلِكَ بعقد من عقود المعاوضات لا يجوز التصرف فيه بالبيع ونحوه قبل قبضه ، كالمبيع ، والأجرة ، والصداق على الأصح ، وكذلك بدل الخلع ، وبدل الصلح عن دم العمد .

يقول الشيرازي [3] : " ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان المملوكة بالبيع والإجارة والصداق وما أشبهها من عقود المعاوضات قبل القبض " [4] .

والعلة في ذلك أمران :

الأول : ضعف المُلْكْ لتعرضه للانفساخ .

الثاني : توالي الضمان ، ومعناه أن يكون مضمونا في حالة واحدة لاثنين ، ففي عقد البيع يكون المبيع مضمونا للمشتري الأول على البائع الأول والثاني على الثاني وسواء باعه المشتري للبائع أم لغيره لا يصح .

---

(١) الحديث من مرسل سعيد بن المسيب . انظر : **الباجي / المنتقى** : ٢٨١/٤ .
وانظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١١٠/٢ ؛ المكي / **تهذيب الفروق** :٢٨٧/٣ .

(٢) انظر : الشيرازي / **المهذب** : ٢٦٢/١ ــ ٢٦٣ ؛ النووي / **المجموع** : ٢٦٤/٩ ــ ٢٦٧ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٥٩/١ ؛ السيوطي/ **الأشباه والنظائر** : ٤٥٦ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٦٨/٢ ــ ٦٩ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٥١٠/٣ ــ ٥١١.

(٣) **إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (٣٩٣ ــ ٤٧٦هـ)** : أبو إسحاق ، جمال الدين . من كبار فقهاء الشافعية ، ولد بفيروزآباد (بليدة بفارس) ونشأ ببغداد وتوفي بها . كان مناظراً فصيحاً ورعاً متواضعاً . قرأ الفقه على أبي عبد الله البيضاوي وغيره ، ولزم القاضي أبا الطيب إلى أن صار معيده في حلقته . انتهت إليه رئاسة المذهب ، بنيت له النظامية ودرّسها إلى حين وفاته .
من تصانيفه : (المهذب) و(التنبيه) في الفقه ، و(النكت) في الخلاف ، و(التبصرة) في أصول الفقه .
[انظر : ابن السبكي/ **طبقات الشافعية الكبرى** : (٢١٥/٤-٢٦٥) ؛ هداية الله الحسيني/ **طبقات الشافعية** : (١٧٠-١٧١) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (٦٨/١)] .

(٤) **المهذب** : ٢٦٢/١ .

فلو باع سلعة فوجد المشتري بها عيبا وفسخ البيع ، كان للبائع بيعها قبل أن يستردها ويقبضها ، وإذا لم يؤدِّ الثمن فللمشتري حبسها لاسترجاع الثمن ، وحينئذ فلا يصح بيعها . ولو باع سلعة فأفلس المشتري بالثمن وفسخ به البائع فله بيعها قبل قبضها . وكذا لو فسخ السلم لانقطاع المسلم فيه ، كان للمسلِّم بيع رأس المال قبل استرداده .

ثالثا : الأمانة ، فيجوز للمالك بيع جميع الأمانات قبل قبضها ؛ لأن المُلكَ فيها تام ، كالوديعة في يد المودع ومال الشركة والقراض في يد الشريك والعامل .

وخلاصة القول في هذه القاعدة أن للقبض أثره في تقييد تصرفات المالكين في أملاكهم ، ومن خلال عرض أراء الفقهاء في العقود التي يصحُّ التصرف فيها قبل قبض المحل، والتي لا يصحُّ التصرف فيها قبل قبضه يظهر ما يلي :

١- اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، على أنه يجوز التصرف فيما مُلِكَ بعقد لا معاوضة فيه قبل قبضه ، وذلك كالهبة والهدية والصدقة والوصية . وكذلك ما مُلِكَ بغير عقد ، كالإرث .

٢- لاخلاف بين الفقهاء في أن ما اُشترِطَ القبض فيه لصحة عقده ، لا يصح التصرف فيه قبل القبض ، كالصرف والسلم ؛ لعدم ثبوت الملك .

٣- الأصل أن ما مُلِكَ بعقد من عقود المعاوضات المحضة كالبيع وما في معناه ، لا يَصِحُّ التصرف فيها بالبيع ونحوه قبل القبض ، مع مراعاة اختلاف الفقهاء في الفروع الفقهية.

* * * * *

الفصل الثامن
تقسيمات حديثة للعقود

ويشتمل هذا الفصل على أربعة مباحث :

المبحث الأول - أقسام العقود بالنظر إلى الفورية والاستمرارية .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول - العقود الفورية .

المطلب الثاني - العقود الاستمرارية .

المطلب الثالث - أهمية التمييز بين العقود الفورية والعقود الاستمرارية .

المبحث الثاني - أقسام العقود بالنظر إلى الأصلية والتبعية .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : العقود الأصلية ، وأمثلتها .

المطلب الثاني : العقود التبعية ، وأمثلتها .

المبحث الثالث - أقسام العقود من حيث الموضوع .

المبحث الرابع - أقسام العقود من حيث الطبيعة .

تقديم :

يحتوي هذا الفصل على تقسيمات للعقد باعتبارات مختلفة ، جمعتها في هـــذا الفصـــل لعدة أمور ، أهمها أن هذه التقسيمات سبق التعرض لها في هذا البحث من خلال التقسيمات الأساسية للعقد والتي تشتمل على الأحكام العامة للعقود باعتباراته المختلفـــة ، ثم إن هـــذه التقسيمات هي تقسيمات للعقد باصطلاحات معاصرة تُستخدمُ كثيرا في العصر الحديث .

ومن ثم انعقد هذا الفصل لبيان هذه الأقسام في أربعة مباحث كما يلي .

المبحث الأول ـ أقسام العقود بالنظر إلى الفورية والاستمرارية .

وفيه ثلاثة مطالب :

تنقسم العقود بالنظر إلى الفورية والاستمرارية إلى قسمين :

الأول : العقود الفورية .

الثاني : العقود الاستمرارية .

وبيان هذين القسمين على النحو التالي :

المطلب الأول ـ العقود الفورية .

العقود الفورية : هي التي يتم تنفيذها فورا دفعة واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان ، ولا يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد يشغله باستمرار ، كالبيع ولو بثمن مؤجل ، والصلح والقرض ، والهبة .

فالعبرة في العقد الفوري بتنفيذ الالتزام لا بالمدة التي يبقى فيها ؛ لأن تنفيذ هذه العقود باستيفاء كل عاقد ما يسوغه العقد استيفاء يتم وتنقضي به الالتزامات في آن واحد ،كالبيع ينفذ البائع فيه التزامه بالتسليم فورا ، وينفذ المشتري التزامه بدفع الثمن [1].

المطلب الثاني ـ العقود الاستمرارية .

العقود الاستمرارية [2] : هي التي بحسب موضوعها ، يستغرق تنفيذها مدة من الزمن بحيث يكون الزمن عنصرا أساسيا في تنفيذها [3].

وذلك كالإجارة ، والإعارة ، وعقد العمل ، وشركة العقد ، والوكالة . فإن تنفيذ هذه العقود وأمثالها يحتاج إلى مدة من الزمن يسري حكم العقد فيه باستمرار .

فالإجارة وكذلك الإعارة ، وعقد العمل ، وشركة العقد ، والوكالة .

ويعتبر من هذا القبيل ـ في العصر الراهن ـ : الاشتراك في الصحف الدورية من جرائد ومجلات ، وكذلك التعهد بتقديم بعض الأرزاق والأطعمة يوميا إلى صاحب مطعم أو

(١) انظر : الزرقا/ **المدخل الفقهي العام** :٥٨٣/١ ؛ السنهوري / **نظرية العقد** : ١٤٢ .

(٢) وتسمى أيضا عقودا زمنية ؛ لأن الزمن عنصرٌ أساسيٌّ في تنفيذها .

(٣) الزرقا/ **المدخل الفقهي العام** (بتصرف) :١/ ٥٨٤ . وانظر : السنهوري / **نظرية العقد** : ١٤٢ .

فندق أو مستشفى مثلا ، فإنه يعتبر عقدا مستمرا ولو كان في الحقيقة من قبيل البيع . ويسمى عقد توريد . وقد ينقلب العقد الفوري إلى عقد مستمر ، كالبيع بثمن مُقسَّط [١] .

المطلب الثالث ــ أهمية التمييز بين العقود الفورية والعقود الاستمرارية [٢]:

تظهر أهمية التمييز بين العقود الفورية والعقود الاستمرارية فيما يأتي :

١ــ العقد المستمر تتقابل فيه الالتزامات تقابلا تاما ، فما تم منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر ، ففي عقد الإجارة الأجرة تقابل الانتفاع ، فإذا انتفع المستأجر مدة معينة التزم بدفع الأجرة بقدر المدة التي انتفع فيها .

٢ــ أن العقد الفوري كالبيع مثلا إذا فسخ كان للفسخ أثر رجعي ، فيجب الاسترداد فيما نفذ من التزامات العاقدين .

أما العقد المستمر إذا فسخ ، لم يكن للفسخ أثر رجعي ، فما تم يبقى أثره ، ولا يكون الفسخ إلا عن المستقبل ، كما في الإجارة والشركة .

٣ــ إن عقد المعاوضة المستمر يُعتبر في النظر الفقهي بمثابة عقود متجددة في المدة التي يستغرق تنفيذه . ولهذا فإنه في عقد الإجارة يحق للمستأجر فسخه بطروء العيب الحادث على المأجور وهو في يده كما يحق له فسخه بظهور العيب القديم فيه ؛ لأن العيب الحادث في المأجور يصبح مع التجدد في عقد الإجارة عيبا قديما بالنسبة إلى المستقبل .

بخلاف عقد البيع الفوري ، فإنه لا يحق للمشتري فسخه بالعيب الحادث في المبيع بعد قبضه إياه ، بل بالعيب القديم الموجود فيه قبل التسليم [٣] .

٤ــ مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا طبقت يكون دائما في العقود المستمرة ، وقلما يكون في العقود الفورية .

بيان ذلك : أن العقد الزمني لا يتصور وجوده إلا مقترنا بالزمن ، وبالتالي فإنه بقدر ما يمتد يكون عرضة لتغير الظروف . ولذلك فإن هذه العقود كانت المجال المختار لتطبيق نظرية

---

(١) انظر : الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٥٨٤/١ ؛ السنهوري / **نظرية العقد** : ١٤٢ .

(٢) انظر : الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ١/ ٥٨٤ ــ ٥٨٦ ؛ السنهوري / **نظرية العقد** : ١٤٢ ــ١٤٣ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٩٥/٤ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٣٣٧) وشرحها **درر الحكام** : ٢٨٥/١ ، (م : ٣٣٩) : ٢٩٢/١ ، (م : ٥١٥ ، ٥١٦) : ٥٠٣/٢ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٧٥ ، ١٨٣ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٩ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ١٤٧/٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٧٥/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٠/٦ .

الظروف الطارئة . أما العقد الفوري فلا يتصور انطباق هذه النظرية عليه إلا إذا كان متراخيا في التنفيذ .

* * * * *

المبحث الثاني — أقسام العقود بالنظر إلى الأصلية والتبعية .

وفيه مطلبان :

تنقسم العقود بهذا النظر إلى قسمين :

الأول : العقود الأصلية .

الثاني : العقود التبعية .

وبيان هذين القسمين على النحو التالي :

المطلب الأول — العقود الأصلية ، وأمثلتها .

العقد الأصلي هو : كل عقد يكون مستقلا في وجوده غير مرتبط بأمر آخر على سبيل التبعية له في الوجود والزوال . كالبيع والإجارة والإيداع والعارية (١).

المطلب الثاني — العقود التبعية ، وأمثلتها .

العقد التبعي هو : كل عقد يكون تابعا لحق آخر أو مرتبطا به في وجوده وزواله كاتصال الفرع بأصله (٢).

كالكفالة والرهن ، فالرهن والكفالة كلاهما توثيق لغيره ، فلا ينعقدان ابتداء إذا لم يكن في مقابلهما حق آخر ثابت أو متوقع .

وكما لا ينعقدان ابتداء إلا في مقابل حق آخر ، يزولان بزوال ذلك الحق المقابل كما يسقط كل فرع بسقوط أصله . فلو أبرأ الدائن المدين الأصيل سقطت الكفالة أيضا عن الكفيل تبعا لسقوط الدين . ومثل ذلك يقال في الرهن ، فإنه يبطل بإبراء الدائن المدين (٣).

وخلاصة القول أن العقد الأصلي له وجود مستقل كما تقدم ، أما العقد التبعي فيتبع في وجوده وصحته الحق الأصلي الذي يستند إليه ، فيكون صحيحا أو باطلا ، ويبقى أو ينقضي تبعا للحق الأصلي .

* * * * *

---

(١) الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٥٨٦/١ . وانظر : السنهوري / **نظرية العقد** : ١٤٣ .

(٢) الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٥٨٦/١ .

(٣) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٥٠) وشرحها درر الحكام : ٤٨/١ ؛ السيوطي/**الأشباه والنظائر** : ١١٩؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٢٣٥/١ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٥٨٦/١ — ٥٨٧ .

المبحث الثالث ــ أقسام العقود من حيث الموضوع :

يمكن تقسيم العقود بالنظر إلى موضوعها تقسيمات مختلفة ، ومن ذلك تقسيمها إلى عقود بسيطة وعقود مختلطة .

ويقوم هذا التقسيم على أساس أن العقد هل هو عبارة عن مزيج من عقود متنوعة ، أم لا ؟

فالعقد البسيط هو : ما لم يكن مزيجا من عقود متنوعة ، كمعظم العقود من بيع وإجارة وهبة ورهن وغيرها .

وأما العقد المختلط فهو : ما اشتمل على أكثر من عقد واحد امتزجت جميعا فأصبحت عقدا وحدا . مثاله عقد المضايفة فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة للمسكن ، وبيع بالنسبة للطعام ، وعمل بالنسبة للخدمة ، ووديعة بالنسبة للأمتعة .

وليس هناك من أهمية كبيرة في مزج عدة عقود وتسميتها جميعا بالعقد المختلط ، فإن هذا العقد إنما تطبق عليه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان ، أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك إذا تنافرت الأحكام التي تطبق على كل عقد من العقود والتي يتكون منها ، ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي ، وتطبيق أحكام ذلك العقد دون غيره ، كما في عقد الهاتف ، ويعد هذا العقد من عقود التراضي اللازمة للطرفين ، وهو أيضا من العقود الاستمرارية ؛ لأن الزمن عنصر أساسي فيه ، فتنفيذه يحتاج مدة من الزمن يسري حكم العقد فيه باستمرار ، ويعد أيضا من عقود الإذعان ؛ لأن المواطن يخضع لقيود وشروط محددة من قبل الشركة [1].

* * * * *

---

(١) انظر : السنهوري / **نظرية العقد** : ١٢٥ ــ ١٢٦ .

المبحث الرابع ـــ أقسام العقود من حيث الطبيعة :

تنقسم العقود بهذا النظر إلى ثلاثة أقسام :

الأول : العقد المحدد .

يكون العقد محددا إذا كان كل من المتعاقديْن يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى ، حتى لو كان القدران غير متعادلين [١] .

وعلى ذلك يكون بيع شيء معين بثمن معين عقدا محددا ، سواء أكان الثمن يعادل قيمة المبيع أم لا يعادله ، ما دامت قيمة الشيء المبيع يمكن تحديدها وقت البيع .

الثاني : العقد الاحتمالي .

يكون العقد احتماليا إذا كان كل من المتعاقديْن لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل ، تبعا لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله [٢].

وقُيِّدت الحادثة التي يتوقف على وقوعها التحديد بأنها غير محققة الحصول ، أو غير معروف وقت حصولها لأن الحادثة قد تكون محققة الحصول ، كالموت ، ولكن وقت حصولها غير معروف .

ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقد التأمين [٣]، وهو من عقود المعاوضات المالية ، ويقوم بين عاقديْن : المؤمِّن وهو شركة التأمين ، والمستأمن وهو المتعامل مع الشركة ، مقابل قسط ثابت هو قسط التأمين ، وأخذ عوض هو عوض التأمين عند حصول الخطر أو الحادث

---

(١) السنهوري / **نظرية العقد** : ١٣٩ .

(٢) السنهوري / **نظرية العقد** : ١٤٠ .

(٣) التأمين من حيث الشكل نوعان :

١ ـــ تأمين تعاوني : وهو أن يشترك مجموعة من الأشخاص بدفع مبلغ معين ، ثم يُؤدَّى من الاشتركات تعويض لمن يصيبه ضرر .

٢ـــ تأمين تجاري أو التأمين ذو القسط الثابت ، وهو المراد عند إطلاق كلمة التأمين ، وفيه يلتزم المستأمن بدفع قسط معين إلى شركة التأمين القائمة على المساهمة على أن يتحمل المؤمِّن (الشركة) تعويض الضرر الذي يصيب المؤمَّن له أو المستأمن . فإن لم يقع الحادث فقد المستأمن حقه في الأقساط ، وصارت حقا للمؤمِّن.

مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الثانية ، العدد الثاني ، الجزء الثاني ، الزحيلي ((التأمين وإعادة التأمين)) : ٥٤٨ .

المؤمَّن عليه فهذه وإن تحدد فيها وقت العقد القدر الذي يعطيه المؤمِّن إلا أن القدر الذي يأخذه لا يتحدد إلا تبعا لأمر غير محقق الحصول ، وهو وقوع الحادثة المؤمَّن عليها .

ويتبين أن التأمين من عقود الغرر ؛ إذ لا يعرف وقت العقد مقدار ما يعطي كل واحد من العاقديْن أو يأخذ ، فقد يدفع المستأمن قسطا واحداً من الأقساط ، ثم يقع الحادث ، وقد يدفع جميع الأقساط ولا يقع الحادث .

وعقد التأمين من عقود التراضي ، وهو مُلزِمٌ للطرفين ، وهو أيضا من العقود الاستمرارية ؛ لأنه لابد من زمن لتنفيذ التزامات الطرفين ، ويُعدُّ أيضا من عقود الإذعان ؛ لأن المستأمن يخضع لشروط وقيود محددة من قبل شركات التأمين .

وقد اختلف موقف الفقه الإسلامي من التأمين تبعا لاختلاف نوعه : فيجوز التأمين التعاوني [1] ؛ لأنه يدخل في عقود التبرعات ، ومن قبيل التعاون والاشتراك في تخفيف الضرر عند وقوع الحوادث .

كذلك يجوز التأمين الإجباري أو الإلزامي الذي تفرضه الدولة ، لأنه بمثابة دفع ضريبة للدولة ، كالتأمين المفروض على السيارات ضد الغير .

وكذلك التأمين الاجتماعي ضد الطوارئ : العجز والشيخوخة والمرض والبطالة والتقاعد عن العمل الوظيفي .

وقد أجاز مؤتمر علماء المسلمين الثاني في القاهرة عام ١٣٨٥هـ /١٩٦٥م ، ومؤتمر علماء المسلمين السابع عام ١٣٩٢هـ / ١٩٧٢م كلا من التأمين الاجتماعي والتأمين التعاوني ، وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في مكة المكرمة عام ١٣٩٨هـ /١٩٧٨م .

أما التأمين التجاري أو التأمين ذو القسط الثابت : فهو غير جائز شرعا ، وهو رأي أكثر الفقهاء في العصر الحاضر ، وهو ما قرره المؤتمر العالمي للاقتصاد الإسلامي في مكة المكرمة عام ١٣٩٦هـ /١٩٧٦م ، والسبب في عدم الجواز يكاد ينحصر في أمرين : هما الغرر والربا [2].

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن التأمين وإعادة التأمين ما يلي :

١ـ أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد ، ولذا فهو حرام شرعا .

---

(١) تقدم تعريفه ، ص : ٤٥٣ ، ش : ٣ .

(٢) انظر : بحث الدكتور وهبة الزحيلي ((التأمين وإعادة التأمين)) ، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الثانية ، العدد الثاني ، الجزء الثاني ، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٦م : ٥٤٧ ، ٥٤٩ .

٢ـ أن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون . وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني [١].

هذا وقد يلاحظ ـ يتبادر إلى الذهن ـ لأول وهلة أن تقسيم العقد إلى محدد واحتمالي لا يكون إلا في عقود المعاوضات ، وليس في عقود التبرع إلا في عقود محدودة . ولكن عند التأمُّل نرى أن عقد التبرع قد يكون احتماليا ، إذا كان الموهوب له لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي يأخذ ، كما إذا وهب شخص لآخر إيرادا مرتبا طول حياته .

الثالث : عقود مختلطة .

هناك عقود مختلطة ، فيها عنصر محدد وعنصر احتمالي ، وذلك كما إذا دفع المشتري الثمن بعضه مبلغا معينا والبعض الآخر إيرادا مرتبا . وينظر في هذه الحالة إلى العنصر الغالب ، فيكون العقد محددا أو احتماليا تبعا لذلك [٢].

* * * * *

(١) **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الثانية ، العدد الثاني ، الجزء الثاني ، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٦م ، قرار رقم ٢ بشأن التأمين وإعادة التأمين : ٧٣١ .

(٢) انظر : السنهوري / **نظرية العقد** : ١٤٢ .

الخاتمة

الخلاصة وأهم النتائج المستخلصة من البحث

الحمد لله الذي هداني ووفّقني وأعانني على إتمام هذا البحث المتواضع ، والذي توصلت من خلاله إلى عدة نتائج ، أجمل أهمها فيما يلي :

١ــ العقد في اصطلاح الفقهاء يطلق بمعنيين عام وخاص ، فالمعنى العام يراد به كل التزام تعهد الإنسان الوفاء به سواء أكان في مقابل التزام آخر كالبيع والشراء ونحوه أم لا . وسواء أكان التزاما دينيا كأداء الفرائض أم التزاما دنيويا . فالعقد بمعناه العام لا يشترط فيه توافق إرادتين بل يتحقق بإرادة منفردة .

أما المعنى الخاص ، فلا يكون إلا فيما يحدث بين اثنين من تعاقد ، أي أنه لابد من اجتماع إرادتين وتوافقهما ليتم التعاقد .

٢ــ العلاقة بين العقد والتصرف والالتزام علاقة عموم وخصوص مطلق . فالعقد بمدلوله الخاص والالتزام يدخلان في عموم التصرف .

٣ــ لا يتحقق العقد إلا بوجود ركنه ، وهو عند الحنفية : الصيغة ، وعند جمهور الفقهاء أركان العقد ثلاثة ، وهي : الصيغة والعاقدان والمعقود عليه .

ومن يتتبع أقوال الفقهاء رحمهم الله يجد أن اعتبار الحنفية الصيغة هي ركن العقد عندهم ، إنما هو اصطلاح لفظي ، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين ، ومحل يظهر فيه أثر الارتباط بين العاقدين . وإنما يُعبِّر فقهاء الحنفية عنها بمقوِّمات العقد الأساسية التي لا يمكن تصور وجود العقد دونها .

٤ــ إن الرضا هو الأساس في إبرام العقود ، وبما أن الرضا أمر خفي ليس بالإمكان معرفته ، أقام الشارع مقامه ما يدل عليه من قول أو فعل ، ولهذا أجاز التعاقد بالكتابة والرسالة والإشارة والتعاطي ، وكذا حكم ما استجد في العصر الراهن من وسائل الاتصال الحديثة كالتعاقد بالهاتف واللاّسلكي ((والفاكس)) ((والتلكس))، شريطة احترام مقاصد الشريعة الإسلامية السمحة والخضوع لأحكامها ومبادئها .

٥ــ إن مجلس العقد هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد ، أو هو

اتحاد الكلام في موضوع العقد .

٦ــ إن الأصل الشرعي بمقتضى دلائل نصوص الشريعة والسُّنة العملية هــو حرية العقود أنواعا وشروطا ، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان ويشترطانه ما لم يكــن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط معين فعندئذ يمنع بخصوصــه علــى خلاف القاعدة ، ويُعتبر الاتفاق عليه باطلا ، كالتعاقد على الربا أو الشروط التي تحل حراما أو تحرم حلالاً .

ومن ثَمَّ فما ذكره الفقهاء من العقود المسمَّاة ، إنما هي العقود التي يغلــب أن يقــع التعامل بها في زمنهم فإذا أُستحدِثَت عقودٌ أخرى توافرت فيها الشروط الشــرعية المقــررة فقها ، كانت عقوداً مشروعة .

٧ ــ إن الأساس الذي يقوم عليه تقسيم العقود إلى عقود مساومة وعقود إذعان هو : ما إذا كان العقد يقوم على المساومة بين الطرفين على قدم المساواة من عدمها .

فإذا كان يسبق العقد تفاوض بين العاقدين يتناقشان خلاله في شروط العقد ، ومــن ثم يتحدد مضمون العقد بين الطرفين ، فإن العقد يكون مساومة .

أما إذا استقل أحد الطرفين بوضع شروط للتعاقد مقدما في صيغة مفصلة بحيث ينضــم إلى هذا المشروع كل من يريد التعامل مع الطرف الأول ، فيقتصر القبول على مجرد التســليم بهذه الشروط دون مناقشة فإن العقد يكون عقد إذعان .

٨ ــ يمكن تحديد نطاق عقود الإذعان بخصائص ثلاثة :

أ - أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلك .

ب - احتكار هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا ، أو على الأقــل عــدم وجود منافسين للمحتكر إلا بصورة محدودة .

ج - أن يكون الإيجاب موجها للمستهلكين بشروط متماثلة ، ولمدة غير محددة .

٩ ــ إن الشريعة الإسلامية لها نظامها الخاص في تقسيم العقد من حيــث الصحــة والبطلان والفساد ، وقد برع فقهاء الحنفية في إبراز هذه التقسيمات وصياغتــها صياغــة مُوفَّقه . فانفردوا بالتفرقة بين الخلل الواقع في أصل العقد والخلل الواقع في وصفه ورتب على الأول البطلان وعلى الثاني الفساد ولم يجعلوهما في مرتبة واحدة .

١٠ ــ إن صيغة العقد إما أن تكون مطلقة من كل قيد وشرط ، وإمــا أن تكــون

مضافة إلى زمن مستقبل ، وإما أن تكون معلّقة على شرط ، ولكل حالة من هذه الحالات حكم يخصها .

وبناء على ذلك فينقسم العقد حسب صيغته إلى ثلاثة أقسام :

الأول ـــ العقد المنجز .

الثاني ـــ العقد المضاف .

الثالث ـــ العقد المعلّق .

١١ ـــ إن العقود من حيث قبولها التأقيت أو عدم قبولها على ثلاثة أقسام :

الأول : عقود لا تقع إلا مؤقتة ، كالإجارة فلا خلاف بين الفقهاء في أن الإجارة لا تصح إلا مؤقتة بمدة معينة ، أو بوقوعها على عمل معين معلوم .

الثاني : عقود لا تصح مؤقتة ، ومتى أُقّتت بطلت ، كالبيع ، والنكاح .

الثالث : عقود يصح أن تكون حالّة ويصح أن تكون مُؤقّتة ، كالعارية ، والوكالة .

١٢ ـــ إن إضافة العقود وتعليقها نوع من الاشتراط فيها .

١٣ ـــ جميع أمثلة التعاليق في الفقه الإسلامي تكاد تكون قاصرة على الشرط .

١٤ ـــ حديث النجاشي لأم سلمة رضي الله عنها يعتبر دليلا شرعيا على صحة تعليق عقود التبرعات ؛ لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لا يبرم عقدا إلا إذا كان صحيحا شرعا ، وهذا يخالف رأي جمهور الفقهاء الذين يرون عدم صحة تعليق عقود التمليك بصفة عامة ، لكنه يتفق مع رأي ابن تيميه وابن القيم ، وهو القول الراجح .

١٥ ـــ إن العقد اللازم لا يستطيع العاقد التحلُّل منه بإرادته بينما يملك العاقدان أو أحدهما في العقد غير اللازم أن يتحلّل من التزامه دون مسؤولية عليه في ذلك .

ووجه الفرق أن العاقد في العقد غير اللازم يلتزم التزاما معلّقا على إرادته ، ويرجع ذلك في الأصل إلى أنه لا يراعى التقابل بين الالتزامات في هذه الطائفة من العقود ، أما في العقد اللازم فإن لزومه ناشئ أصلا من اعتبار التقابل بين الالتزامات .

١٦ ـــ التخيير حالة طارئة على العقد حيث أن الأصل في العقد اللزوم . وتتفاوت منزلة الخيارات من حيث سلب اللزوم عن العقد اللازم نظرا إلى أثرها على علة الحكم ، فمنها ما يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة كخيار الشرط ، ومنها ما يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية ، ومنها ما يمنع لزوم الحكم كخيار العيب .

١٧ ــ العقد الفاسد يشبه الخيار في فكرة عدم اللزوم وفي احتماله الفسخ ، إلا أن كل منهما نوع خاص من أنواع العقد : فالفاسد من باب الصحة ، أما التخيير فهو من باب اللزوم .

١٨ ــ إن العقود اللازمة من الطرفين التي يقصد منها العوض ، كالبيع وما في معناه ، يثبت فيها الخيار .

ويستثنى من هذه الطائفة كل عقد يشترط في صحته القبض في المجلس كالصرف والسلم .

١٩ ــ العقود اللازمة التي لا يقصد بها العوض ، كالنكاح والخلع ، لا يثبت فيها خيار .

٢٠ ــ إن العقود الجائزة من الطرفين ، كالشركة والمضاربة والجعالة والوكالة والوديعة والوصية ، لا يثبت فيها خيار ؛ استغناء بجوازها والتمكُّن من فسخها بأصل وضعها .

٢١ ــ تنقسم العقود من حيث الضمان وعدمه إلى ثلاثة أقسام :

الأول ــ عقود الضمان ، وهي قسمان :

أحدهما : عقد شرع للضمان أو هو الضمان بذاته ، وهو الكفالة ، ويطلق عليها جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الضمان .

وقد اتفق الفقهاء على أن الكفالة إذا صحت باستجماع شروطها ، لزم الضامن أداء ما ضمنه ، وكان للمضمون له (الدائن) مطالبته .

ثانيهما : عقود لم تُشرع للضمان ، بل شُرعتْ للملك والربح ونحوهما ، لكن الضمان يترتب عليها باعتباره أثرا لازما لأحكامها ، ويكون المال المقبوض فيها مضمونا على القابض بأي سبب هلك ، كعقد البيع ، والقرض ، والزواج ، والمخالعة ، والمخارجة ، والصلح عن مال بمال (وإقالة هذه العقود) وغيرها من عقود المعاوضات .

وأيضا كما يترتب الضمان على بعض العقود باعتباره أثرا لازما لأحكامها فإنه يترتب عليها أثراً لاشتراط شرط صحيح فيها أو لاشتراط فرضه العرف .

الثاني ــ عقود الأمانة ، ويتجلى فيها الحفظ والأمانة ، والربح أحيانا .

وعقود الأمانة هي : العقود التي يكون المال المقبوض فيها أمانة في يد القابض ، لا

يضمنه إلا بالتعدي أو التقصير في حفظه . كالوديعة ، والشركة بأنواعها ، والوكالة ، والوصاية .

الثالث — عقود مزدوجة الأثر ، وهذه الطائفة من العقود تنشئ الضمان من وجه ، والأمانة من وجه ، ولهذا تسمى عقود مزدوجة الأثر ، كعقد الإجارة ، والرهن ، والصلح عن مال بمنفعة .

٢٢ — إن منشأ التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة هو المعاوضة ، فكلما كان القصد من العقد معاوضة كان عقد ضمان ، وكلما كان القصد من العقد غير المعاوضة ، كالحفظ ونحوه ، كان العقد أمانة .

٢٣ — تنقسم العقود إلى مجموعات تحتوي كل مجموعة منها على طائفة من العقود تتفق مقاصدها والغاية المرجوة منها ، وأطلق الفقهاء على كل مجموعة اسما خاصا بها يميزها عن غيرها ، ومنها : عقود التمليكات ، وعقود الاشتراكات ، وعقود التفويضات ، وعقود التوثيقات ، وعقود الحفظ ، وعقود الإسقاطات .

ومما ينبغي ذكره أن هناك بعض العقود تدخل في أكثر من مجموعة لأن لها أكثر من خاصية .

٢٤ — رغم أن الأصل في إنشاء العقود الرضا والاختيار إلا أنه مع هذا فقد أجاز الفقهاء إجراء بعض العقود جبرا في صور متعددة عندما تدعو الضرورة ؛ وذلك لأسباب مبناها قائم على قاعدة أساسية في الشرع وهي : لا ضرر ولا ضرار .

وإذا فالعقد المسبب للملكية إما أن يكون اختياريا (رضائيا) ، أو جبريا .

٢٥ — عقود التمليك ثلاثة أنواع :

الأول : عقود المعاوضات كالبيع ، والإجارة ، والصرف ، والصلح ، والنكاح ، ونحوها مما فيه معاوضة ومبادلة من الطرفين .

الثاني : عقود التبرعات كالهبة ، والصدقة ، والوقف ، والإعارة ، وحوالة الدين .

الثالث : عقود تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، كالقرض ، والكفالة بأمر المدين ، والهبة بشرط العوض ، فالتبرع يكون في ابتداء العقد ثم يلزم الطرف الآخر بدفع البدل ، فهي تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء .

٢٦ — الإذن في العقود يفيد ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله الإذن ، كالإذن للصبي

في التجارة ، وعقد الوكالة ، والشركة ، والقراض (المضاربة) ، والوصاية .

فإنه بمقتضى هذه العقود يثبت لكل من الصبي والوكيل والشريك وعامل القراض والوصي ولاية التصرف الذي تناوله الإذن ، ولا يجوز لهم مخالفة أي عقد يخالف نص الإذن .

٢٧ — تختلف كيفية القبض باختلاف المقبوض : فالمنقول إذا كان مقدرا فقبضه يكون باستيفاء قدره ، وإن كان جزافا فقبضه بنقله من مكانه ، وفيما عدا ذلك يكون قبضه حسب العرف .

وفي ضوء ما سبق فإنّ عملية القبض في عصرنا الحاضر مَبنيَّة على العرف ، فكل ما عدَّهُ العرف قبضا فهو قبض ، ما دام لم يعارض نصاً شرعياً .

كما أن عملية القبض في عصرنا الحاضر ليست في جميع صورها حديثة ، بل إن كثيرا من صورها لا تزال باقية مثل قبض العقار سواء أكان أرضا أم بناء ، وكذلك الأشياء التي لا يمكن نقلها دون تغيير في شكلها كالمصانع ، فقبضها بالتخلية كما ذكر الفقهاء .

وأما المنقولات فهذه التي يمكن الاختلاف فيها حسب العصور والأزمان حيث جَدَّت معاملات حديثة ، وتطوَّرت كيفية القبض ، ولا سيما في نطاق السلع والنقود (الصرف).

٢٨ — الأصل أن العقد تترتب عليه آثاره بمجرد الاتفاق بين الطرفين ، فرضا المتعاقدين وحده هو الذي يُكوِّن العقد ،كعقد البيع المطلق ، والإجارة ، والنكاح ونحوها . فهذه العقود تنعقد وتلزم من غير قبض ؛ لأن القبض فيها أثرٌ من آثار العقد وموجبٌ من موجباته .

إلا أن هناك هناك طائفة من العقود يُشترط فيها قبض المعقود عليه — محل العقد — حين العقد . وتُسمَّى بالعقود القبضية أو العينية ، وتنقسم هذه الطائفة إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول — عقود يُشترطُ القبض فيها لنقل الملكية .

القسم الثاني — عقود يُشترطُ القبض فيها لصحتها .

القسم الثالث — عقود يُشترطُ القبض فيها للزومها .

٢٩ — حيث اعتبرنا التقابض ، فتفرقا قبله ، بطل العقد . ولو تقابضا بعض كل واحد من العوضين ثم تفرقا ، بطل فيما لم يقبض . وفي المقبوض خلاف .

٣٠ — أن العقد الأصلي له وجود مستقل ، أما العقد التبعي فيتبع في وجوده وصحته

الحق الأصلي الذي يستند إليه ، فيكون صحيحا أو باطلا ، ويبقى أو ينقضي تبعا للحق الأصلي .

٣١ ــ تنقسم العقود بالنظر إلى موضوعها إلى عقود بسيطة وعقود مختلطة ، ويقوم هذا التقسيم على أساس أن العقد هل هو عبارة عن مزيج من عقود متنوعة ، أم لا ؟

فالعقد البسيط هو : ما لم يكن مزيجا من عقود متنوعة ، كمعظم العقود من بيع وإجارة وهبة ورهن وغيرها .

وأما العقد المختلط فهو : ما اشتمل على أكثر من عقد واحد امتزجت جميعا فأصبحت عقدا وحدا . مثاله عقد المضايفة فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة للمسكن ، وبيع بالنسبة للطعام ، وعمل بالنسبة للخدمة ، ووديعة بالنسبة للأمتعة .

وتظهر أهمية هذا التقسيم فيما إذا تنافرت الأحكام التي تطبق على كل عقد من العقود التي يتكون منها العقد المختلط ، ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي ، وتطبيق أحكام ذلك العقد دون غيره .

وأخيرا أسأل الله تعالى أن ينفعنا بما علّمنا ، وأن يزدنا علما ، وأن يخرجنا من ظلمات الوهم وينور أبصارنا ، وأن يفتح علينا أبواب فضله ورحمته ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين .

أم محمد

الفهارس العامة

(١)
فهرس الآيات القرآنية الكريمة

(٢)

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

(٣)

فهرس الآثار

الأثر	الصفحة

الأثر	الصفحة

الأثر	الصفحة
نحلني أبي نصف داره ، فقال أبو بردة : إن سرَّك أن تحوز ذلك فاقبضه ، فإنَّ عمر قضى في الأنحال : ما قُبِض منها فهو جائز ، وما لم يُقبضْ منه فهو ميراث .	
[النضر بن أنس بن مالك]	٤١٣
﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا ﴾ قَالَتْ : هِيَ الْمَرْأَةُ تَكُونُ عِنْدَ الرَّجُلِ لاَ يَسْتَكْثِرُ مِنْهَا فَيُرِيدُ طَلاَقَهَا وَيَتَزَوَّجُ غَيْرَهَا تَقُولُ لَهُ : أَمْسِكْنِي وَلاَ تُطَلِّقْنِي ثُمَّ تَزَوَّجْ غَيْرِي فَأَنْتَ فِي حِلٍّ مِنَ النَّفَقَةِ عَلَيَّ وَالْقِسْمَةِ لِي فَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَصَّالَحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾	
[عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا]	١٢٠

(٤)

فهرس القواعد والضوابط الواردة في الرسالة

القواعد والضوابط الواردة في الرسالة	الصفحة
أن ترتب بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح على العقد الباطل ليس ناشئا عن العقد الباطل وإنما لأمور أخرى خارجة عن نفس العقد الأول	١٩٤
أن مبنى القبض وأساس مسائله وصوره قائم على العرف	٣٩٢
أن المصالح الناشئة عن الأسباب الممنوعة ليست بناشئة عنها في الحقيقة ، وإنما هي ناشئة عن أسباب أخرى مناسبة لها حدثت لاحقة لها وجاءت تبعا	١٩٤
الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة	١٧٠
إذا اجتمع القصد والدلالة القولية والفعلية ترتب الحكم	٥٨
إذا بطل الأصل بطل ما في ضمنه	١٩١
إذا بطل العقد بطل ما بني عليه	١٩٢
إذا بطل المتضمِّن بطل المتضمَّن	١٩١
إذا زال المانع عاد الممنوع	٢٠٢
إذا كان للفعل عموم وبطل الخصوص قد لا يعمل العموم	١٩٤
إذا كان محل العقد عقارا فإن قبضه يكون بالتخلية بينه وبين من انتقل الملك إليه	٣٩٣
إذا وقع التعدي في عقود الأمانات ، هل تنفسخ بذلك أي تبطل بحيث لا تظل منعقدة ، أم أنها تظل ـ بعد التعدي فيها ـ منعقدة مفيدة بعض آثار الصحيح ؟	١٨٥
الإقالة سبب من أسباب الفسخ الاختياري التي ترد على العقود اللازمة بطبيعتها كالبيع والإجارة	٢٨٤
إن الشارع هو الذي يرتب على كل عقد آثارا معينة	١١
إن إضافة العقود وتعليقها نوع من الاشتراط فيها	٤٥٨
إن العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة ، أو تنقل الملكية هي التي يجري فيها التمييز بين الفساد والبطلان ...	٢٠٤
إن للعرف في الفقه الإسلامي اعتبارا شرعيا في بناء كثير من أنواع الأحكام	٣٤
استعمال الناس حجة يجب العمل بها	٣٩

القواعد والضوابط الواردة في الرسالة	الصفحة
(ب)	
الباطل والفاسد مترادفان في فقه العبادات	١٧٣
البطلان لا يسري عليه حكم التقادم	١٩٣
(ت)	
تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة	٣٤
وفي (ص : ٣٩) : الحقيقة تترك بدلالة العادة .	
التعيين بالعرف كالتعيين بالنص	٣٩
(ح)	
حرية العقود والشروط	١١
(خ)	
الخراج بالضمان	٣٢٢ (ش : ١)
(ص)	
الصيغة ركن في كل العقود	٥٨
(ض)	
ضابط التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة : ...	٣٥٨
ضابط العقد الجائز : ...	٢٤٩
ضابط في الفرق بين ضمان الإتلاف وضمان اليد : ...	٣٦١
ضابط في الفرق بين ضمان العقد وضمان الإتلاف : ...	٣٦٠
ضابط في الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد : ...	٣٥٩
الضرر الأشد يزال بالأخف	٣٦٦
الضرر لا يزال بمثله	٣٦٦
الضرر يدفع بقدر الإمكان	٣٦٦
الضرر يزال	٣٦٦
ضوابط ذكرها المالكية على هذا التقسيم فقالوا :	
أ – من قلنا أنه يصدق في دعوى التلف فلا يمين عليه إلا أن يكون متهما .	
ب – من ادعى رد الشيء ، فإن كان ممن لا يصدق في دعوى التلف ...	٣٥٤–٣٥٥

القواعد والضوابط الواردة في الرسالة	الصفحة
(ع)	
العادة محكمة	٣٤
العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني	١٠٤
عدم ثبوت الفرع والأصل باطل ، وعدم حصول المسبب والسبب غير حاصل	١٨٧
العقد الباطل لا تلحقه الإجازة	١٩٢
العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ ، ولا يحتج به أمام القضاء	١٩٢
العقد سبب من أسباب الملكية	٣٦٣ ، ٣٦٤
العقد الفاسد واجب الفسخ	٢٠٢
العقد في الشرع الإسلامي يتم وتترتب أثاره عليه بتمام الإيجاب والقبول	٣٩٥
العقد المعلق بالشرط كالعقد المنجز عند وجود الشرط الذي علق عليه	٢٢٤
عقود الأمانات والعقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة ، والعقود اللازمة التي لا يتمكن العبد من الخروج منها بقوله ، ...	١٨٥-١٨٦
العقود التي يُشترطُ قبضُ المحل فيها قبل التصرف فيه ببيع ونحوه ، والعقود التي لا يُشترطُ فيها ذلك	٤٤١
العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضررا على الآخر امتنعت وصارت لازمة	٣٨٩
العقود الفاسدة هل هي منعقدة ، أم لا ؟	١٨٥
(غ)	
الغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة مقدورا على تسليمه	٧٦
الغرم بالغنم	٣٢٢ (ش : ١)
(ف)	
فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه	١٨٢
وفي (ص : ١٨٦) : قاعدة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد	
وفي (ص : ٢٠٥) كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده ، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب في فاسده	
وفي (ص : ١٩٧) : كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده ، ومالا يقتضي صحيحه الضمان فكذلك فاسده	

(٤)
فهرس الأعلام

العلم	الصفحة
(د)	
داود بن علي بن داود بن خلف الأصفهاني	٢٥٥
(ر)	
الرافعي = عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم	٣٥٩
رفاعة رافع بن مالك بن العجلان بن عمرو بن عامر بن زريق الأنصاري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ	٩٦
(ز)	
الزركشي = محمد بن بهادر بن عبدالله .	٢٧٩
زفر بن الهذيل بن قيس العبري	١٣١
(س)	
السائب بن أبي السائب صيفي بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشي	١٢٤
سلمة بن عمرو بن سنان الأكوع السلمي	١١٨
سيبويه = عمرو بن عثمان بن قنبر الفارسي ثم البصري	١٧٢
السيوطي = عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيري .	٢٠٠
(ش)	
الشاطبي = إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي .	٣٥
الشافعي = محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع .	١٣
الشربيني = محمد بن محمد الخَطِيب الشِّرْبِينيّ .	٣١٣
الشيرازي = إبراهيم بن علي بن يوسف	٤٤٤
(ص)	
صفوان بن أمية بن خلف بن حذافة بن جمح القرشي الجمحي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ	١٤١
(ع)	
عائشة بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنها	١٨
عبد الرحمن بن أبزي الخزاعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ	١١٠
عبد الله بن أبي أوفى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ	١١٠
عبد الله بن أبي حدرد الأسلمي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ	١٢١
عبد الله بن شداد	١١٠
عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ	٢٣
عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن سهم السهمي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ	١٧

(٦)
فهرس المصادر والمراجع

١- القرآن الكريم وتفسيره :

١- القرآن الكريم .

٢- أحكام القرآن .

الإمام أبي بكر أحمد الرازي الجصاص

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٣- أحكام القرآن .

الإمام أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ، المتوفى سنة ٥٤٣ هـ .

تحقيق : محمد علي البجاوى .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة الأولى ، ١٣٧٦هـ / ١٩٥٧م .

٤- تفسير الفخر الرازي . المشهور بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب .

للإمام فخر الدين محمد الرازي ابن العلامة ضياء الدين عمر المشتهر بخطيب الري .

قدم له : فضيلة الشيخ خليل محي الدين الميس . أعد فهارسه : محمد عبد الرحيم .

بيروت- لبنان : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م .

٥- الجامع لأحكام القرآن .

أبو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي .

مكان النشر [بدون] ، الناشر [بدون] ، الطبعة الثانية ، التاريخ [بدون] .

٦- جامع البيان عن تأويل آي القرآن .

أبو جعفر محمد بن جرير الطبري .

بيروت - لبنان : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٨هـ/١٩٨٧م .

٧- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني .

أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي .

بيروت- لبنان : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٨هـ/١٩٨٧م .

٢- مصادر ومراجع السنة :

٨- الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان .

الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي .

قدم له وضبط نصه : كمال يوسف الحوت .

بيروت- لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م .

٩- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل .

محمد ناصر الدين الألباني .

إشراف : محمد زهير الشاويش .

بيروت- دمشق : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م .

١٠- بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني .

أحمد عبد الرحمن البنا .

مطبوع مع الفتح الرباني بترتيب مسند الإمام أحمد .

القاهرة : دار الشهاب ، جدة : دار العلم للطباعة والنشر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١١- التعليق المغني على الدارقطني .

أبو الطيب ، محمد شمس الحق العظيم آبادي .

مطبوع مع سنن الدارقطني .

بيروت : عالم الكتب ، الطبعة الرابعة ، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م .

١٢- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير .

لأبي الفضل ، شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن محمد علي ابن حجر العسقلاني .

عني بتصحيحه وتنسيقه والتعليق عليه : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني .

الحجاز/ المدينة المنورة : الناشر [بدون] ، الطبعة [بدون] ، ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م .

١٣- التلخيص على المستدرك .

أبو عبد الله شمس الدين الذهبي ، المتوفى سنة ٧٤٨ هـ .

مطبوع مع المستدرك للحاكم .

بيروت- لبنان : دار المعرفة ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٤- الجامع الصحيح . المعروف بسنن الترمذي .

أبو عيس ، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، المتوفى سنة ٢٩٧ هـ .

بتحقيق وشرح : أحمد محمد شاكر .

دار الكتب العلمية ، مكة المكرمة : دار الباز ، الطبعة الأولى ، ١٣٥٦هـ/١٩٣٧م .

١٥- جامع العلوم والحكم .

زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي .

بيروت- لبنان : دار المعرفة ، الطبعة الخامسة ، ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م .

١٦- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام .

للإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصَّنعاني ، المتوفى سنة ١١٨٢ هـ .

تحقيق : محمد عبد القادر عطا .

بيروت- لبنان : دار الفكر ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م .

١٧- سنن ابن ماجة .

أبو عبد الله ، محمد بن يزيد القزويني ، المتوفى سنة ٢٧٥ هـ .

حقق نصوصه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه وعلق عليه : محمد فؤاد عبد الباقي .

بيروت- لبنان : المكتبة العلمية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٨- سنن أبي داود .

أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، المتوفى سنة ٢٧٥ هـ .

إعداد وتعليق : عزّت عُبيد الدعاس ، وعادل السيّد .

بيروت – لبنان : دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٣٨٨هـ/١٩٦٩م – ١٣٩٤هـ/١٩٧٤م .

١٩- سنن الدارقطني .

علي بن عمر الدارقطني ، المتوفى سنة ٣٨٥ هـ .

بيروت : عالم الكتب ، الطبعة الرابعة ، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م .

٢٠- سنن الدارمي .

عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي السمرقندي ، المتوفى سنة ٢٥٥ هـ .

حقق نصه وخرج أحاديثه وفهرسه : فواز أحمد زمرلي ، وخالد السبع العلمي .

بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م .

٢١- السنن الكبرى .

للإمام الحافظ أبي بكر ، أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، المتوفى سنة ٤٥٨ هـ .

فهرس الأحاديث : الدكتور يوسف عبد الرحمن المرعشلي .

بيروت- لبنان : دار المعرفة ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٢٢- سنن النسائي .

أحمد بن شعيب النسائي ، المتوفى سنة ٣٠٣ هـ .

بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ، وحاشية الإمام السندي .

بيروت- لبنان : المكتبة العلمية ، مكة المكرمة : دار الباز ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٢٣- شرح صحيح مسلم .

أبو زكريا ، محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ .

مكان النشر [بدون] : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠١هـ/١٩٨١م .

٢٤- صحيح البخاري .

أبو عبد الله ، محمد بن إسماعيل البخاري ، المتوفى سنة ٢٥٦ هـ .

مطبوع مع فتح الباري .

حقق أصولها وأجازها الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز

بيروت ـ لبنان : دار الفكر ، مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م .

٢٥- صحيح مسلم .

أبو الحسين ، مسلم بن الحجاج القشيري ، المتوفى سنة ٢٦١ هـ .

وقف على طبعه ، وتحقيق نصوصه ، وتصحيحه وترقيمه ، وعد كتبه وأبوابه وأحاديثه ، وعلق عليه ملخص شرح الإمام النووي ، مع زيادات عن أئمة اللغة : محمد فؤاد عبد الباقي.

القاهرة : دار إحياء الكتب العربية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٢٦- عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي .

لابن العربي المالكي ، المتوفى سنة ٥٤٣ هـ .

بيروت- لبنان : دار الكتب العلمية ، دار الباز ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٢٧- فتح الباري : شرح صحيح البخاري .

أبو الفضل ، شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ .

حقق أصولها وأجازها الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز

بيروت ـ لبنان : دار الفكر ، مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م .

٢٨- الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني .

أحمد عبد الرحمن البنا .

القاهرة : دار الشهاب ، جدة : دار العلم للطباعة والنشر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٢٩- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد .

نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ، المتوفى سنة ٨٠٧ هـ .

بتحرير الحافظين الجليلين : العراقي وابن حجر .

بيروت- لبنان : مؤسسة المعارف ، الطبعة بدون ، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م .

٣٠- المراسيل .

أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، المتوفى سنة ٢٧٥ هـ .

حققه وعلق عليه وخرّج أحاديثه : شعيب الأرناؤوط .

بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

٣١- المستدرك على الصحيحين .

لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري .

وبذيله التلخيص . للحافظ الذهبي .

طبعة مزيدة بفهرس الأحاديث الشريفة بإشراف : د. يوسف عبد الرحمن المرعشلي .

بيروت- لبنان : دار المعرفة ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٣٢- المسند .

للإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، المتوفى سنة ٢٤١ هـ .

راجعه وضبطه وعلق عليه وأعد فهارسه : صدقي محمد جميل العطار .

دار الفكر ، مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م .

٣٣- مسند أبي يعلى .

أبي يعلى ، أحمد بن علي المثنى الموصلي ، المتوفى سنة ٧٠٣ هـ .

تحقيق وتعليق : إرشاد الحق الأثري .

المملكة العربية السعودية/جدة : دار القبلة للثقافة الإسلامية ، بيروت : مؤسسة علوم القرآن ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م .

٣٤- مشكل الآثار .

أبو جعفر الطحاوي أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي المصري الحنفي .

الهند ـ حيدر آباد : مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية ، الطبعة الأولى ، ١٣٣٣هـ .

٣٥- المصنف .

لأبي بكر عبد الرّزاق بن همام الصّنعاني ، المتوفى سنة ٢١١ هـ .

ومعه كتاب الجامع ، للإمام معمر بن راشد الأذدي رواية الإمام عبد الرّزاق الصّنعاني .

عني بتحقيق نصوصه -وتخريج أحاديثه والتعليق عليه : حبيب الرّحمن الأعظمي .

بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م .

٣٦- المصنف .

أبو بكر ، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن أبي شيبة العبسي الكوفي .

كراتشي ـــ باكستان : إدارة القران والعلوم الإسلامية ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٧م

٣٧- معالم السنن .

أحمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب الخَطَّابي ألبستي ، المتوفى سنة ٣٨٨ هـ .

مطبوع مع سنن أبي داود .

إعداد وتعليق : عزّت عُبيد الدعاس ، وعادل السيِّد .

بيروت — لبنان : دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٣٨٨هـ/١٩٦٩م — ١٣٩٤هـ/١٩٧٤م .

٣٨- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك .

أبو الوليد ، سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي ، المتوفى سنة ٤٩٤هـ .

مصر : مطبعة السعادة ، الطبعة الأولى ، ١٣٣٢هـ .

بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة الرابعة ، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م .

٣٩- الموطأ .

مالك بن أنس الأصبحي ، المتوفى سنة ١٧٩ هـ .

صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه : محمد فؤاد عبد الباقي .

القاهرة : دار الحديث ، مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٤٠- نصب الراية لأحاديث الهداية .

لأبي محمد ، جمال الدين عبد الله بن يوسف الحنفي الزّيلعي ، المتوفى سنة ٧٦٢ هـ .

مع حاشيته النفيسة المهمة : بغية الألمعي في تخريج الزّيلعي .

بيروت- لبنان : دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م .

٤١- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار .

محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ .

بيروت- لبنان : دار إحياء التراث العربي ، مؤسسة التاريخ العربي ، الطبعة الأخيرة ، التاريخ [بدون] .

٤٢- الهداية في تخريج أحاديث البداية (بداية المجتهد) .

لأبي الفيض ، أحمد بن محمد بن الصديق الغماري الحسني ، المتوفى سنة ١٣٨٠ هـ .

ومعه بأعلى الصفحات : بداية المجتهد ونهاية المقتصد .

قام بتحقيق وضبط تخريجات هذا الكتاب بأجزائه الثمانية نخبة من أهل الخبرة على النحو التالي يوسف عبد الرحمن مرعشلي ، وعدنان علي شلاق ، وعلي نايف بقاعي ، وعلي حسن الطويل ، ومحمد سليم إبراهيم سمارة .

بيروت : عالم الكتب ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م .

٣ـ مصادر ومراجع الفقه :

أولاً : الفقه الحنفي :-

٤٣- الاختيار لتعليل المختار .

عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ، المتوفى سنة ٦٨٣ هـ .

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم الشيخ محمود أبو دقيقة .

بيروت - لبنان : دار المعرفة ، الطبعة [بدون] ، ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م .

٤٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق .

الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم ، المتوفى سنة ٩٧٠ هـ .

بيروت - لبنان : دار المعرفة للطباعة والنشر ، الطبعة الثالثة ، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م .

٤٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .

علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء ، المتوفى سنة ٥٨٧ هـ .

بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م .

٤٦- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق .

فخر الدين بن عثمان بن علي الزيلعي ، المتوفى سنة ٧٤٣ هـ .

مصر : المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمدية ، الطبعة الأولى ، ١٣١٥هـ .

أعيد طبعه بالأوفست . الطبعة الثانية . القاهرة : دار الكتاب الإسلامي ، مطابع الفاروق الحديثة للطباعة والنشر ، التاريخ [بدون] .

٤٧- تكملة فتح القدير . المسماة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار .

شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده ، المتوفى سنة ٩٨٨ هـ .

بيروت- لبنان : دار الفكر ، الطبعة الثانية ، التاريخ [بدون] .

٤٨- تكملة حاشية رد المحتار على الدر المختار .

محمد علاء الدين أفندي .

بيروت : دار الفكر ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م .

٤٩ ــ جامع الفصولين .

بدر الدين محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاض سماوه الحنفي .

القاهرة : المطبعة الأزهرية ، الطبعة الأولى ، ١٣٠٠ هـ .

٥٠- حاشية ابن عابدين المسماة رد المحتار على الدر المختار .

الإمام محمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين ، المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ .

بيروت : دار الفكر ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م .

٥١ – حاشية الشلبي على تبيين الحقائق .

أحمد بن محمد بن أحمد الشلبي ، المتوفى سنة ١٠٢١ هـ .

مطبوع بهامش تبيين الحقائق .

مصر : المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمدية ، الطبعة الأولى ، ١٣١٥هـ .

أعيد طبعه بالأوفست . الطبعة الثانية . القاهرة : دار الكتاب الإسلامي ، مطابع الفاروق الحديثة للطباعة والنشر ، التاريخ [بدون] .

٥٢– درر الحكام شرح مجلة الأحكام .

علي حيدر .

تعريب : المحامي فهمي الحسيني .

بيروت – لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ/١٩٩١م .

٥٣– الدر المختار شرح تنوير الأبصار .

محمد بن علي بن محمد المعروف بعلاء الدين الحصكفي ، المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ .

مطبوع مع حاشية ابن عابدين المسماة رد المحتار على الدر المختار .

بيروت : دار الفكر ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م .

٥٤– العناية على الهداية .

للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي ، المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .

مطبوع بهامش فتح القدير .

بيروت : دار الفكر ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م .

٥٥– فتح القدير على الهداية .

كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي ، المتوفى سنة ٨٦١ هـ .

بيروت : دار الفكر ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م .

٥٦ – اللباب بشرح الكتاب .

عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي .

بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة الرابعة ، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م .

٥٧– المبسوط .

شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي ، المتوفى سنة ٤٨٣ هـ .

بيروت– لبنان : دار المعرفة ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م .

٥٨- مجلة الأحكام العدلية .

مطبوع مع درر الحكام .

تعريب : المحامي فهمي الحسيني .

بيروت - لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ/١٩٩١م .

٥٩- مجموعة رسائل ابن عابدين .

الإمام محمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين ، المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ .

بيروت : لبنان : دار إحياء التراث العربي ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٦٠- منحة الخالق على البحر الرائق .

الإمام محمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين ، المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ .

مطبوع مع البحر الرائق .

بيروت - لبنان : دار المعرفة للطباعة والنشر ، الطبعة الثالثة ، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م .

٦١ - الهداية : شرح بداية المبتدي .

مطبوع مع فتح القدير .

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، المتوفى سنة ٥٩٣ هـ .

ثانياً : الفقه المالكي :-

٦٢- الإشراف على مسائل الخلاف .

للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي الفقيه المالكي ، المتوفى سنة ٤٣٣ هـ .

مصورة عن نسخة مكتبة الحرم المكي الشريف ، رقم ٢١٧٥ ، ٢/٢١٧/ب.ع.١ .

٦٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد .

أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد ، المتوفى سنة ٥٩٥هـ

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٦٤- بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير .

أحمد بن محمد الصاوي ، المتوفى سنة ١٢٤١ هـ .

مطبوع مع الشرح الصغير .

بيروت : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٦٥- البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام .

أبو الحسين ، علي بن عبد السلام التسولي ، المتوفى سنة ١٢٥٨ هـ .

بيروت- لبنان : دار المعرفة ، الطبعة الثالثة ، ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م .

٦٦- التاج والإكليل لمختصر خليل .

أبو عبد الله ، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق ، المتوفى سنة ٨٩٧ هـ .

مطبوع بهامش مواهب الجليل .

مكان النشر [بدون] دار الفكر ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م .

٦٧- تحرير الكلام في مسائل الالتزام .

أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب المالكي .

تحقيق : عبد السلام محمد شريف .

بيروت ـ لبنان : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م .

٦٨- جواهر الإكليل شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك .

صالح عبد السميع الآبي الأزهري .

مكان النشر [بدون] دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٦٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير .

شمس الدين ، محمد بن عرفة الدسوقي ، المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ .

مكان النشر [بدون] دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٧٠- حاشية العدوي على الخرشي .

علي الصعيدي العدوي ، المتوفى سنة ١١٨٩ هـ .

بيروت : دار صادر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٧١- حلي المعاصم .

أبو عبد الله محمد التاودي .

مطبوع بهامش البهجة شرح التحفة .

بيروت- لبنان : دار المعرفة ، الطبعة الثالثة ، ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م .

٧٢- الخرشي على مختصر خليل .

أبو عبد الله الخرشي ، المتوفى سنة ١١٠١ هـ وقيل ١١٠٢ هـ .

بيروت : دار صادر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٧٣- الذخيرة .

شهاب الدين أبو العباس ، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي ، المشهور بالقرافي المتوفى سنة ٦٨٤ هـ .

تحقيق : الأستاذ محمد بو خبزة .

بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤م .

٧٤- شرح الزرقاني على موطأ مالك .

محمد عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري المالكي ، المتوفى سنة ١١٢٢ هـ .

بيروت ـ لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ/١٩٩٠م .

٧٥- الشرح الصغير .

أبو البركات ، أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، المتوفى سنة ١٢٠١ هـ .

مطبوع بهامش بلغة السالك لأقرب المسالك .

بيروت : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٧٦- الشرح الكبير على مختصر خليل .

أبو البركات ، أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، المتوفى سنة ١٢٠١ هـ .

مطبوع بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٧٧- شرح منح الجليل على مختصر خليل .

أبو عبد الله ، محمد عليش . المتوفى سنة ١٢٩٩ هـ .

بيانات النشر [بدون] .

٧٨- القوانين الفقهية .

أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي ، المتوفى سنة ٧٤١هـ .

بيروت ـ لبنان : دار القلم ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٧٩- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي .

أبو عمر ، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي ، المتوفى سنة ٤٦٣ هـ .

بيروت- لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م .

٨٠- المدونة الكبرى .

مالك بن أنس الأصبحي ، المتوفى سنة ١٧٩ هـ .

رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم .

مطبوع مع مقدمات ابن رشد .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م .

٨١- المعونة .

القاضي عبد الوهاب البغدادي .

تحقيق : حميش عبد الحق .

مكة المكرمة : مكتبة نزار مصطفى الباز ، الطبعة [بدون] ، ١٤١٥ هـ/١٩٩٥م .

الكتاب في الأصل رسالة دكتوراة من جامعة أم القرى بمكة المكرمة .

٨٢- المنتقى شرح الموطأ .

أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي ، المتوفى سنة ٤٩٤ هـ

بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة الرابعة ، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م .

٨٣- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل .

أبو عبد الله ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب ، المتوفى سنة ٩٥٤هـ .

الطبعة الثانية . [مكان النشر : بدون] دار الفكر ، ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م .

ثالثاً : الفقه الشافعي :-

٨٤- الأم .

أبو عبد الله ، محمد بن إدريس الشافعي ، المتوفى سنة ٢٠٤ هـ .

بيروت : دار الفكر ، مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون]

٨٥- الإجماع .

أبو بكر محمد بن إبراهيم بن النذر النيسابوري .

بيروت ـ لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م .

٨٦- الإشراف على مذاهب أهل العلم .

أبو بكر محمد بن إبراهيم بن النذر النيسابوري .

مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٨٧- تحفة المحتاج بشرح المنهاج .

شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي ، المتوفى سنة ٩٧٤ هـ .

مطبوع بهامش حواشي الشيخ عبد الحميد الشرواني ، والشيخ أحمد قاسم العبادي .

بيروت : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٨٨- تكملة المجموع .

محمد حسين العقبي ، محمد نجيب المطيعي .

مطبوع مع المجموع .

مكان النشر [بدون] : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٨٩ - جواهر العقود .

شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي .

مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، الطبعة الثانية ، التاريخ [بدون] .

٩٠ – حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب . المسماة التجريد لنفع العبيد .

سليمان البجيرمي ، المتوفى سنة ١٢٢١ هـــ .

بيروت : دار الفكر ، دار صادر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٩١– حاشية الجمل على شرح المنهج .

الشيخ سليمان الجمل .

دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٩٢– حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج .

أبي الضياء ، نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري ، المتوفى سنة ١٠٨٧ هـــ .

مطبوع مع نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج .

بيروت– لبنان : دار الفكر ، الطبعة الأخيرة ، ١٤٠٤هـــ/١٩٨٤م .

٩٣– حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب .

عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشافعي الأزهري الشهير بالشرقاوي ، المتوفى سنة ١٢٢٦هـــ .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٩٤ – حاشية عميرة على شرح المحلي على المنهاج .

شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة ، المتوفى سنة ٩٥٧ هـــ .

مطبوع بهامشه : شرح المحلي على المنهاج .

بيروت : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٩٥– حاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج .

شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي المصري ، المتوفى سنة ١٠٦٩ هـــ .

مطبوع بهامشه : شرح المحلي على المنهاج .

بيروت : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٩٦– الحاوي الكبير .

أبو الحسن ، علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، المتوفى سنة ٤٥٠ هـــ .

حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه : د .محمود مطرجي ، وساهم معه بالتحقيق : د. ياسين ناصر محمود الخطيب ، بكتاب الزكاة . ود. عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل ، بكتاب النكاح . ود. أحمد حاج محمد شيخ ماحي ، بكتاب الوصايا .

بيروت – لبنان : دار الفكر ، المكتبة التجارية ، بيروت : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، ١٤١٤هـــ/١٩٩٤م .

٩٧– روضة الطالبين وعمدة المفتين .

أبو زكريا ، محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ .

إشراف زهير الشاويش .

بيروت - دمشق : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م .

٩٨- شرح المحلي على المنهاج .

جلال الدين محمد بن أحمد المحلي ، المتوفى سنة ٨٦٤ هـ .

مطبوع بهامش حاشيتان ، الأولى : لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي المصري .

الثانية : لشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة .

بيروت : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٩٩- شرح المنهج .

للشيخ زكريا الأنصاري .

مطبوع بهامش حاشية الجمل .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٠٠- الفتاوى الكبرى الفقهية .

شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م .

١٠١- فتح العزيز شرح الوجيز .

أبو القاسم ، عبد الكريم بن محمد الرافعي ، المتوفى سنة ٦٢٣ هـ ..

مطبوع مع المجموع شرح المهذب .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٠٢- المجموع شرح المهذب .

أبو زكريا ، محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٠٣- المهذب .

أبو إسحاق ، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ، المتوفى سنة ٤٧٦ هـ .

مطبوع مع المجموع شرح المهذب .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٠٤- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج .

شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني . المتوفى سنة ٩٧٧ هـ .

مع تعليقات للشيخ جوبلي بن إبراهيم الشافعي .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٠٥- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج .

شمس الدين ، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير ، المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ .

ومعه : حاشية أبي الضياء ، نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري ، المتوفى سنة ١٠٨٧ هـ

وحاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي، المتوفى سنة ١٠٩٦ هـ

بيروت- لبنان : دار الفكر ، الطبعة الأخيرة ، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م .

رابعاً : الفقه الحنبلي :-

١٠٦- الروض المربع بشرح زاد المستقنع .

منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، المتوفى سنة ١٠٥١ هـ .

مطبوع مع حاشية الروض المربع .

مكان النشر [بدون] ، الناشر [بدون] ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٥هـ

١٠٧- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف .

علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ، المتوفى سنة ٨٨٥هـ .

صححه وحققه : محمد حامد الفقي .

بيروت ــ لبنان : دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م .

١٠٨- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع .

عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي .

مكان النشر [بدون] ، الناشر [بدون] ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٥هـ

١٠٩- الشرح الكبير على متن المقنع .

شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ، المتوفى سنة ٦٨٢ هـ .

مطبوع مع المغني .

مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١١٠- شرح منتهى الإرادات . المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى .

منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، المتوفى سنة ١٠٥١ هـ .

مصححة على نسخة خطية محفوظة بدار الكتب الأزهرية .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١١١- الفتاوى الكبرى .

أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية .

بيروت ـــ لبنان : دار المعرفة ، الطبعة [بدون] ، ١٣٨٩هـــ/١٩٧٨م .

١١٢- الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل .

أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي ، المتوفى سنة ٦٢٠ هـــ .

تحقيق : زهير الشاويش .

بيروت - دمشق : المكتب الإسلامي ، الطبعة الخامسة ، ١٤٠٨هـــ/١٩٨٨م .

١١٣- كشاف القناع عن متن الإقناع .

منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، المتوفى سنة ١٠٥١ هـــ .

راجعه وعلق عليه : الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال .

بيروت- لبنان : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٢هـــ/١٩٨٢م .

١١٤- مجلة الأحكام الشرعية .

أحمد بن عبد الله القاري .

دراسة وتحقيق : د . عبد الوهاب أبو سليمان . د . محمد إبراهيم أحمد علي .

تهامة ـــ جدة : المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠١هـــ/١٩٨١م .

١١٥- المحرر في الفقه .

مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن الخضر بن محمد بن علي بن تيمية

بيروت ـــ لبنان : دار الكتاب العربي ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١١٦- المغني .

الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المتوفى سنة ٦٢٠ هـــ .

مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١١٧- منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات .

تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي المصري الشهير بابن النجار

مع شرح منتهى الإرادات .

مصححة على نسخة خطية محفوظة بدار الكتب الأزهرية .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١١٨- نظرية العقد .

أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية .

بيروت ـــ لبنان : دار المعرفة ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

خامساً : الفقه الظاهري :-

١١٩- المحلى بالآثار .

أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، المتوفى سنة ٤٥٦ هـ .

تحقيق : د . عبد الغفار سليمان البنداري .

[الطبعة : بدون] . بيروت - لبنان : دار الكتب العلمية ، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م .

٤- مصادر ومراجع القواعد الأصولية والفقهية :

١٢٠- الأشباه والنظائر .
لأبي النصر ، تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي ، المتوفى سنة ٧٧١ هـ .
تحقيق :الشيخ أحمد عبد الموجود ، والشيخ علي محمد عوض .
بيروت- لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ/١٩٩١م .

١٢١- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية .
جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، المتوفى سنة ٩١١ هـ .
بيروت- لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م .

١٢٢- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان .
زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نُجَيْم ، المتوفى سنة ٩٧٠ هـ .
بيروت- لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م .

١٢٣- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك .
أبي العباس ، أحمد بن يحيى الونشريسي ، المتوفى سنة ٩١٤ هـ .
تحقيق : أحمد بو طاهر الخطابي .
المغرب ـ الرباط : طبع بإشراف اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة ، مطبعة فضالة – المحمدية ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م .

١٢٤- تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية .
محمد علي ابن حسين بن إبراهيم المكي المالكي ، المتوفى سنة ١٣٦٧ هـ .
مطبوع بهامش كتابي الفروق ، وإدرار الشروق على أنواء الفروق .
بيروت : عالم الكتب ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون]

١٢٥- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر .
أحمد بن محمد الحنفي الحموي ، المتوفى سنة ١٠٩٨ هـ .
مطبوع معه الأشباه والنظائر لابن نجيم .
بيروت لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م .

١٢٦-الفروق . المسمى أنوار البروق في أنواء الفروق .
شهاب الدين أبو العباس ، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي ، المشهور بالقرافي المتوفى سنة ٦٨٤ هـ .

بيروت : عالم الكتب ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٢٧- قواعد الأحكام في مصالح الأنام .

أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام .

بيروت ـــ لبنان : دار الكتب العلمية ، مكة المكرمة : دار الباز ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٢٨- القواعد .

أبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقري ، المتوفى سنة ٧٥٨ هـ .

تحقيق ودراسة : أحمد بن عبد الله بن حميد .

مكة المكرمة : معهد البحوث الإسلامية وإحياء التراث الإسلامي ، مركز إحياء التراث الإسلامي ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٢٩- القواعد في الفقه الإسلامي .

زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي .

مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٣٠- القواعد والفوائد الأصولية .

للإمام العلامة أبي الحسن علاء الدين ابن اللحام علي بن عباس البعلي الحنبلي .

ضبطه وصححه : محمد شاهين .

بيروت ـــ لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م .

١٣١- القواعد النورانية .

أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية .

بيروت ـــ لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م .

١٣٢- المنثور في القواعد .

بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزّركشي الشافعي ، المتوفى سنة ٧٩٤ هـ .

حققه : الدكتور تيسير فائق أحمد محمود . وراجعه : الدكتور عبد الستار أبو غدة .

الكويت : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت ، مصورة بالأُفست عن الطبعة الأولى ، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م .

١٣٣- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية .

الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد البرنو أبي الحارث الغزي .

بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الرابعة ، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م .

٥- مصادر ومراجع أصول الفقه :

١٣٤- الإبهاج شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي .

علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة ٧٥٦هـ وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي المتوفى سنة ٧٧١هـ .

بيروت : لبنان ــ دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م .

١٣٥- الأحكام في أصول الأحكام .

أبو محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري .

حققه وراجعه نخبة من العلماء .

بيروت ــ لبنان : دار الجيل ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م

١٣٦- الإحكام في أصول الأحكام .

علي بن محمد الآمدي

تحقيق : سيد الجميلي .

بيروت ــ لبنان : دار الكتاب العربي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م

١٣٧- أصول السرخسي .

أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي .

حقق أصوله : أبو الوفا الأفغاني

الهند ــ حيدر آباد : لجنة إحياء المعارف النعمانية ، بيروت ــ لبنان : دار المعرفة ، الطبعة [بدون] ، ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م .

١٣٨- أصول الفقه .

الإمام محمد أبو زهرة .

مصر : دار المعارف ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٣٩- أصول الفقه .

محمد أبو النور زهير .

مكة المكرمة : المكتبة الفيصلية ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م .

١٤٠- البحر المحيط .

للشيخ بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الشافعي المعروف بالزركشي .

قام بتحريره : الشيخ عبد القادر عبد الله العاني ، وراجعه : الدكتور . عمر سليمان الأشقر .

الكويت : وزارة الأوقاف والشؤن الإسلامية ، الغردقة : دار الصفوة ، الطبعة الثانية ، ١٤١٣ هـــ ـــ ١٩٩٢م .

١٤١- بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب .

شمس الدين أبو الثناء محمود بن عبد الرحمن بن أحمد الأصفاني .

تحقيق : الدكتور محمد مظهر بقا .

مكة المكرمة : جامعة أم القرى ، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، جدة : دار المدني، ١٤٠٦ ٣ج ، الطبعة الأولى ، هـــ/١٩٨٦م

١٤٢- تأسيس النظر .

للإمام أبي زيد عبيد الله عمر ابن عيسى الدبوسي .

تحقيق وتصحيح : مصطفى محمد القباني الدمشقي .

القاهرة : مكتبة الكليات الأزهرية ، بيروت : دار ابن زيدون ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون]

١٤٣- تحقيق المراد .

صلاح الدين أبو سعيد خليل بن الأمير سيف الدين كيكلدي بن عبد الله العلائي الدمشقي الشافعي

دراسة وتحقيق : الدكتور إبراهيم محمد سلقيني .

دمشق : دار الفكر ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٢هـــ/١٩٨٢م .

١٤٤- تخريج الفروع على الأصول .

أبو المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني .

حققه وعلق حواشيه : الدكتور محمد أديب الصالح .

مكان النشر [بدون] ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الخامسة ، التاريخ [بدون] .

١٤٥- تقريرات الشربيني (مطبوع بهامش حاشية البناني) .

عبد الرحمن الشربيني .

بيروت : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٢هـــ/١٩٨٢م .

١٤٦- التلويح في كشف حقائق التوضيح .

لسعد الدين مسعود ابن عمر التفتازاني الشافعي

بيروت ـــ لبنان ، دار الكتب العلمية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٤٧- التمهيد في أصول الفقه

محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوذاني الحنبلي .

دراسة وتحقيق : الدكتور مفيد محمد أبو عمشة والدكتور محمد بن علي بن إبراهيم .

مكة المكرمة : جامعة أم القرى ، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٥م .

١٤٨- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول .

أبو محمد جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي ، المتوفى سنة ٧٧٢هـ .

تحقيق الدكتور حسن هيتو .

الطبعة الثالثة ، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م .

١٤٩- التوضيح على التنقيح ، (مطبوع بهامش التلويح) .

لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي .

بيروت ـ لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٥٠- تيسير التحرير على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية.

للعلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاه .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٥١- الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة .

العلامة الفقيه حسن بن محمد المشاط .

تحقيق : الدكتور عبد الوهاب بن ابراهيم أبو سليمان .

دار الغرب الإسلامي ـ بيروت : لبنان ، الطبعة الثانية ، ١٤١١ هـ ـ ١٩٩٠ م .

١٥٢- حاشية الأزميري على مرآة الأصول (مطبوع مع مرآة الأصول) .

محمد بن ولي الأزميري .

مكان النشر [بدون] ، مطبعة البوسنوي ، الطبعة [بدون] ، ١٣٠٤هـ

١٥٣- حاشية البناني على شرح الجلال شمس الدين المحلي .

بيروت : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م .

١٥٤- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في أصول الفقه .

للإمام شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي .

تحقيق : طه عبد الرؤف سعد .

القاهرة ـ بيروت : دار الفكر ، القاهرة : مكتبة الكليات الأزهرية ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، الطبعة الأولى ، ١٣٩٣ هـ ـ ١٩٧٣ م .

١٥٥- شرح العضد على ابن الحاجب

زين الدين المعروف بالعضد العجمي الحنفي .

بيروت ــ لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م .

١٥٦- شرح الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير ، أو المختبر المبتكر شرح المختصر .

للعلامة الشيخ محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار .

تحقيق : الدكتور محمد الزحيلي و الدكتور نزيه حماد .

دمشق : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م

١٥٧- شرح المحلى على جمع الجوامع (مطبوع مع حاشية البناني)

شمس الدين محمد المحلي .

بيروت : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م .

١٥٨- فتح الغفار بشرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار .

زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم الحنفي

مراجعة : محمود أبو دقيقة .

مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، الطبعة الأولى ، ١٣٥٥ هـ / ١٩٣٦م) .

١٥٩- كشف الأسرار شرح المصنف على المنار .

للإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي .

دار الكتب العلمية ــ بيروت : لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦ هـ ــ ١٩٨٦ م .

١٦٠- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي .

للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري .

تحقيق : محمد المعتصم بالله البغدادي .

بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ ــ ١٩٩١ م .

١٦١- المحصول في أصول الفقه .

للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي .

بيروت ــ لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨ هـ ــ ١٩٨٨ م .

١٦٢- مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول

محمد بن فراموز منلا خسرو

مكان النشر [بدون] ، مطبعة البوسنوي ، الطبعة [بدون] ، ١٣٠٤هـ

١٦٣- المستصفى في علم الأصول .

للإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ .

طبعة جديدة رتبها وضبطها : محمد عبد السلام الشافي .

بيروت ــ لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣ هـ ــ ١٩٩٣ م .

١٦٤- المسودة في أصول الفقه

تتابع على تصنيفه ثلاثة من أئمة آل تيمية : (١) مجد الدين أبو البركات عبد االسلام بن عبد الله بن الخضر . (٢) شهاب الدين أبو المحاسن عبد الحليم بن عبد السلام . (٣) شيخ الإسلام تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم .

جمعها : شهاب الدين أبو العباس الحنبيلي الحراني الدمشقي .

تحقيق وتعليق : محمد محي الدين عبد الحميد .

بيروت ــ لبنان : دار الكتاب العربي ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٦٥- المغني في أصول الفقه .

الإمام جلال الدين أبي محمد عمر بن محمد بن عمر الخبازي .

تحقيق : الدكتور محمد مظهر بقا .

مكة المكرمة : مركز البحث العلمي ولإحياء التراث الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ .

١٦٦- مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول .

الإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني .

حققه وخرج أحاديثه : عبد الوهاب عبد اللطيف .

بيروت ــ لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٣ هـ ــ ١٩٨٣ م .

١٦٧- الموافقات .

أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشاطبي .

شرحه وخرج أحاديثه فضيلة الشيخ عبدالله دراز . وضع تراجمه الأستاذ محمد عبدالله دراز . خرج آياته وفهرس موضوعاته عبد السلام عبد الشافي محمد .

بيروت ــ لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٦- مصادر ومراجع اللغة والمصطلحات الفقهية :

١٦٨- أساس البلاغة .

جار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري .

بيروت ــ لبنان : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٩هـــ ــ ١٩٨٩م .

١٦٩- التعريفات .

علي بن محمد بن علي الجرجاني ، المتوفى سنة ٨١٦ هـــ .

حققه وقدم له ووضع فهارسه : إبراهيم الأبياري .

بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة الثانية ، ١٤١٣هـــ/١٩٩٢م .

١٧٠- تهذيب الأسماء واللغات .

أبو زكريا ، محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـــ .

بيروت- لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٧١- الحدود ، (مطبوع مع كتاب شرح الحدود)

أبو عبد الله محمد بن عرفة ، المتوفى سنة ٨٠٣ هـــ .

تونس : المكتبة العلمية بنهج الكتبية ، والمطبعة التونسية بنهج سوق البلاط ، الطبعة الأولى ، ١٣٥٠هـــ.

١٧٢- شرح الحدود .

أبو عبد الله ، محمد الأنصاري المشهور بالرصاع التونسي ، المتوفى سنة ٨٩٤ هـــ .

تونس : المكتبة العلمية بنهج الكتبية ، والمطبعة التونسية بنهج سوق البلاط ، الطبعة الأولى ، ١٣٥٠هـــ.

١٧٣- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية .

إسماعيل بن حماد الجوهري .

تحقيق : أحمد عبد الغفور عطّار .

بيروت : دار العلم للملايين ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٤هـــ/١٩٨٤م .

١٧٤- طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية .

نجم الدين بن حفص النسفي ، المتوفى سنة ٥٣٧ هـــ .

مراجعة وتحقيق : الشيخ خليل ميس مدير أزهر لبنان .

بيروت- لبنان : دار القلم ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـــ/١٩٨٦م .

١٧٥- القاموس المحيط .

مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي .

بيروت : دار الفكر ، مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م .

١٧٦- كشاف اصطلاحات الفنون .

محمد علي الفاروقي التهانوي ، المتوفى في القرن العاشر الهجري .

حققه : د. لطفي عبد البديع .

ترجم النصوص الفارسية : د. عبد النعيم محمد حسنين .

راجعه : الأستاذ أمين الخولي .

مصر : مكتبة النهضة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، الطبعة [بدون] ، ١٣٨٢هـ/١٩٦٣م .

١٧٧- الكليات .

لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي المتوفى سنة ١٠٩٤هـ/١٦٨٣م .

قابله على نسخة خطية وأعده للطبع ووضع فهارسه : د. عدنان درويش ومحمد المصري .

القاهرة : دار الكتاب العربي ، مكة المكرمة : المكتبة الفيصلية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م

١٧٨- لسان العرب .

أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور .

بيروت : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٧٩- مختار الصحاح .

للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي

مكتبة لبنان ـــ بيروت : لبنان ، الطبعة [بدون] ، ١٩٨٨م .

١٨٠- المصباح المنير .

للعلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري .

مكتبة لبنان ـــ بيروت : لبنان ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٨١- المعجم الوسيط .

قام بإخراج هذه الطبعة : الدكتور إبراهيم أنس . الدكتور عبد الحليم منتصر . عطية الصوالحـــي . محمدخلف الله أحمد .

أشرف على الطبع : حسن علي عطية . محمد شوقي أمين .

دار الفكر ، الطبعة الثانية ، التاريخ [بدون] .

١٨٢- المفردات في غريب القرآن .

أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني .

تحقيق وضبط : محمد سيد الكيلاني .

مصر : شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، الطبعة الأخيرة ، ١٣٨١ /١٩٦١م .

١٨٣- النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ، (مطبوع مع المهذب) .

محمد بن أحمد بن بطال الركبي .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٨٤- النهاية في غريب الحديث والأثر .

مجد الدين أبو السعادات ، المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير المتوفى سنة ٦٠٦هـ .

تحقيق : طاهر أحمد الزواوي ، ومحمود محمد الطناحي .

بيروت : لبنان : دار الفكر ، مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون].

٧- مصادر الأعلام :

١٨٥- أسد الغابة في معرفة الصحابة .

لعز الدين ابن الأثير ، أبي الحسن علي بن محمد الجزريّ ، المتوفى سنة ٦٣٠ هـ .

بيروت- لبنان : دار الفكر ، الطبعة : [بدون] ، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م .

١٨٦- الاستيعاب في أسماء الأصحاب .

أبو عمر ، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي المالكي ، المتوفى سنة ٤٦٣ هـ .

مطبوع بهامش كتاب الإصابة في تمييز أسماء الصحابة .

تصوير : بيروت : دار صادر ، الطبعة [بدون] ، دار الفكر ، التاريخ [بدون] .

١٨٧- الإصابة في تمييز أسماء الصحابة .

لأبي الفضل ، شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن محمد علي العسقلاني ثم المصري ، الشافعي المعروف بابن حجر ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ .

وبهامشه كتاب الاستيعاب في أسماء الأصحاب .

مصر : مطبعة السعادة ، الطبعة الأولى ، ١٣٢٨هـ .

تصوير : بيروت : دار صادر ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ :[بدون] .

١٨٨- الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين .

خير الدين الزِرِكْلي .

بيروت- لبنان : دار العلم للملايين ، الطبعة السابعة . أيار (مايو) ١٩٨٦م .

١٨٩- البداية والنهاية .

لأبي الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي ، المتوفى سنة ٧٧٤ هـ .

وثقه وقابل مخطوطاته : الشيخ علي محمد معوض ، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود .

وضع حواشيه : د . أحمد أبو ملحم وعلي نجيب عطوي ، والأستاذ : فؤاد السيد ومهدي ناصر الدين وعلي عبد الساتر .

بيروت - لبنان :دار الكتب العلمية ، ، مكة المكرمة : توزيع عباس أحمد الباز ، الطبعة الثانية ، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م .

١٩٠- تذكرة الحفاظ .

أبو عبد الله ، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، المتوفى سنة ٧٤٨هـ/١٣٤٧م .

صُحح عن النسخة القديمة المحفوظة في مكتبة الحرم المكي تحت إعانة وزارة معارف الحكومة العالية الهندية .

[الطبعة: بدون] . [مكان النشر : بدون] ، دار إحياء التراث العربي ، [التاريخ : بدون] .

١٩١- التعليقات السنية على الفوائد البهية .

أبو الحسنات ، محمد عبد الحي اللكنوي الهندي .

عني بتصحيحه وتعليق بعض الزوائد عليه : محمد بدر الدين أبو فراس النعساني .

[الطبعة : بدون] . بيروت- لبنان : دار المعرفة ، مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، ١٣٢٤هـ .

١٩٢- تقريب التهذيب .

لأبي الفضل ، شهاب الدين أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ .

قدم له دراسة وافية وقابله بأصل مؤلفه مُقابلة دقيقة : محمد عوامة .

سوريا - حلب : دار الرشيد ، بيروت- لبنان : دار البشائر الإسلامية ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م .

١٩٣- تهذيب التهذيب .

لأبي الفضل ، شهاب الدين أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ .

بيروت- لبنان : دار الفكر ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م .

١٩٤- الجواهر المضية في طبقات الحنفية

محي الدين أبو محمد عبد القادر بن محمد بن محمد بن نصر الله بن سالم بن أبي الوفاء القرشي الحنفي

تحقيق : الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو

هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان ، الطبعة الثانية ، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م .

١٩٥- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة .

للإمام الحافظ شهاب الدين ، أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ .

ضبطه وصححه : الشيخ عبد الوارث محمد علي .

بيروت - لبنان :دار الكتب العلمية ، ، مكة المكرمة : توزيع عباس أحمد الباز ، ١٤١٨الطبعة الأولى ، هـ/١٩٩٧م .

١٩٦- الديباج المُذْهب في معرفة أعيان علماء المذهب .

لابن فرحون المالكي ، المتوفى سنة ٧٩٩ هـ .

تحقيق وتعليق : الدكتور محمد الأحمدي أبو النور . مدرس الحديث بجامعة الأزهر .

القاهرة : دار التراث ، مطبعة دار النصر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٩٧- ذيل طبقات الحنابلة .

زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي .

مطبوع مع طبقات الحنابلة .

بيروت- لبنان : دار المعرفة ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

١٩٨- سير أعلام النبلاء .

أبو عبد الله ، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، المتوفى سنة ٧٤٨هـ/١٣٤٧م .

أشرف على تحقيق الكتاب وخرّج أحاديثه : شعيب الأرنؤوط ، ونخبة .

بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة السادسة ، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

١٩٩- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية .

محمد بن محمد بن مخلوف .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون]، التاريخ : [بدون] .

٢٠٠- شذرات الذهب في أخبار من ذهب .

للمؤرخ الفقيه الأديب : أبي الفلاح ، عبد الحي بن العماد الحنبلي ، المتوفى سنة ١٠٨٩هـ .

بيروت- لبنان : دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م .

٢٠١- طبقات الحنابلة .

للقاضي أبي الحسين ، محمد بن أبي يعلى ، المتوفى سنة ٥٢٧ هـ .

ومعه كتاب الذيل على طبقات الحنابلة .

بيروت- لبنان : دار المعرفة ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٢٠٢- طبقات الشافعية الكبرى .

لأبي النصر ، تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي ، المتوفى سنة ٧٧١ هـ .

تحقيق : محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو .

القاهرة : دار إحياء الكتب العربية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٢٠٣- طبقات الشافعية .

أبو بكر ، هداية الله الحسيني ، المتوفى سنة ١٠١٤ هـ .

حققه وعلق عليه : عادل نويهض .

بيروت : لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م .

٢٠٤- الفهرست .

لأبي الفرج ، محمد بن أبي يعقوب إسحاق ، المعروف بالنديم ، المتوفى سنة ٣٨٠ هـ .

ضبطه وشرحه وعلق عليه وقدم له : الدكتور يوسف علي الطويل .

وضع فهارسه : أحمد شمس الدين .

الطبعة الأولى . بيروت – لبنان :دار الكتب العلمية ، ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م .

٢٠٥- الفوائد البهية في تراجم الحنفية مع التعليقات السنية على الفوائد البهية .

محمد عبد الحي اللكنوي الهندي .

عني بتصحيحه وتعليق بعض الزوائد عليه : محمد بدر الدين أبو فراس النعساني .

بيروت- لبنان : دار المعرفة ، مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، الطبعة [بدون] ، ١٣٢٤هـ .

٢٠٦- معجم المؤلفين تراجم مُصَنفي الكتب العربية .

عمر رضا كحّالة .

بيروت : دار إحياء التراث العربي ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٢٠٧- النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة .

جمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغري بردي الأتابكي .

قدم له وعلق عليه : محمد حسين شمس الدين .

بيروت ــ لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م .

٢٠٨- هدية العارفين . أسماء المؤلفين وآثار المصنّفين .

إسماعيل باشا البغدادي .

مطبوع مع كشف الظنون .

مكة المكرمة : المكتبة الفيصلية الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٢٠٩- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان .

لأبي العباس ، شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خَلكان ، المتوفى سنة ٦٨١ هـ .

تحقيق : الدكتور إحسان عباس . إعداد الفهارس العامة : وداد القاضي و عز الدين أحمد موسى .

بيروت : دار الفكر ، دار صادر ، الطبعة [بدون] ، ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م .

٨- المراجع الحديثة ومصادر القانون :

٢١٠- أحكام المعاملات الشرعية .

علي الخفيف .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر العربي ، الكويت : دار الكتاب الحديث ، الطبعة الثالثة ، التاريخ [بدون] .

٢١١_ الأموال ونظرية العقد .

الدكتور محمد يوسف موسى .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر العربي ، الطبعة [بدون] ، ١٩٨٧م .

٢١٢- التراضي في عقود المبادلات المالية .

الدكتور السيد نشأت إبراهيم الدريني .

جدو : دار الشروق ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م .

أصل هذا الكتاب رسالة علمية نال بها مؤلفها درجة الدكتوراة بمرتبة الشرف الأولى من كلية دار العلوم بالقاهرة .

٢١٣- ترتيب الموضوعات الفقهية ومناسباته في المذاهب الأربعة .

دكتور عبد الوهاب أبو سليمان .

مكة المكرمة : جامعة أم القرى ، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م .

٢١٤- تطوير الأعمال المصرفية .

سامي حسن حمود .

عمان : مطبعة الشرق ومكتبتها ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م .

أصل هذا الكتاب رسالة علمية نال بها مؤلفها درجة الدكتوراة بتقدير ((جيد جدا)) مع مرتبة الشرف وتبادل الرسالة مع الجامعات الأخرى .

٢١٥- الشركات في الشريعة الإسلامية .

الدكتور عبد العزيز خياط .

بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م .

٢١٦- الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود .

الدكتور بدران أبو العنين بدران .

مؤسسة شباب الجامعة ــ الإسكندرية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٢١٧- الضمان في الفقه الإسلامي .

علي الخفيف .

مكان النشر [بدون] ، جامعة الدول العربية ، معهد البحوث والدجراسات الإسلامية ، الطبعة [بدون] ، ١٩٧١م .

٢١٨- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي .

عدنان خالد التركماني .

جدة : دار الشروق ، الطبعة الأولى ، ١٤٠١هـ/١٩٨١م .

٢١٩- العقود المسماة في الفقه الإسلامي .

مصطفى أحمد الزرقا .

مطبعة الجامعة السورية ، الطبعة [بدون] ، ١٦٣٧هـ/١٩٤٨م .

٢٢٠- عوارض الأهلية عند الأصوليين .

الأستاذ الدكتور حسين خلف الجبوري .

مكة المكرمة : جامعة أم القرى ، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي ، مركز بحوث الدراسات الإسلامية ، جامعة أم القرى ، مطابع مؤسسة مكة للطباعة والإعلام ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م .

أصل هذا الكتاب رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه .

٢٢١- الفقه الإسلامي وأدلته .

وهبة الزحيلي

سورية ـــ دمشق : دار الفكر ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م .

٢٢٢- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة .

العدد الثاني والعشرون ، السنة السادسة ، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م .

العدد السادس والعشرون ، السنة السابعة ، ١٤١٦هـ .

٢٢٣- مجلة مجمع الفقه الإسلامي .

الأعداد :

الدورة الثانية ، العدد الثاني ، الجزء الثاني ، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٦م .

الدورة الثالثة ، العدد الثالث ، الجزء الثالث ، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٧م .

الدورة الرابعة ، العدد الرابع ، الجزء الثاني ، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م .

الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الثاني ، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٨م .

الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الثالث ، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٨م .

الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الرابع ، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٨م .

الدورة السادسة ، العدد السادس ، الجزء الأول ، ١٤١٠هـ /١٩٩٠م .

الدورة السادسة ، العدد السادس ، الجزء الثاني ، ١٤١٠هـ /١٩٩٠م .

الدورة السابعة ، العدد السابع ، الجزء الأول ، ١٤١٢هـ /١٩٩٢م .

الدورة السابعة ، العدد السابع ، الجزء الثاني ، ١٤١٢هـ /١٩٩٢م .

٢٢٤- المدخل للتشريع الإسلامي .

الدكتور محمد فاروق النبهان .

الطويت : وكالة المطبوعات ، بيروت ــ لبنان : دار القلم ، الطبعة الثانية ، ١٩٨١م .

٢٢٥- المدخل لدراسة الشريعة

عبد الكريم زيدان .

بيروت : مؤسسة الرسالة ، مكتبة القدس ، الطبعة التاسعة ، ١٤٠٧هـ ــ ١٩٨٦م) : ٢٨٦ .

٢٢٦- المدخل الفقهي العام .

مصطفى أحمد الزرقا .

دمشق : دار الفكر ، مطبعة طربين ، الطبعة العاشرة ، ١٣٨٧هـ ــ ١٩٦٨ .

٢٢٧- المدخل للفقه الإسلامي .

محمد سلام مدكور .

القاهرة : دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، ١٣٨٠هـ / ١٩٦٠ م .

٢٢٨- مصادر الحق في الفقه الاسلامي .

عبد الرزاق السنهوري .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون])

٢٢٩- الملكية في الشريعة الاسلامية : طبيعتها ، ووظيفتها ، وقيودها .

الدكتور عبد السلام داود العبادي .

عمان : وزارة الأوقاف والشؤن والمقدسات الاسلامية ، مكتبة الأقصى ، الطبعة الأولى ، ١٣٩٤ هـ ــ ١٩٧٤ م .

أصل هذا الكتاب رسالة علمية نال بها مؤلفها درجه الدكتوراه بمرتبة الشرف الأولى في الشريعة الاسلامية (الفقه المقارن) من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر .

٢٣٠- الملكية ونظرية العقد .

محمد أبو زهرة .

مكان النشر [بدون] : دار الفكر العربي ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٢٣١- الموسوعة الفقهية .

الكويـــت ـــ ذات السلاســـل : وزارة الأوقــاف والشــئون الإســـلامية ، الطبعــة الثانيـــة ، ١٤٠٤هـ/١٩٨٣م .

جزء : ٢ ، ١٢ .

٢٣٢- نظرية الأجل في الالتزام .

عبد الناصر توفيق العطار .

القاهرة : مطبعة السعادة ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٢٣٣- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام .

محمد فوزي فيض الله .

الكويت : مكتبة دار التراث ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م

٢٣٤- النظرية العامة للموجبات والعقود .

صبحي محمصاني .

بيروت ، مكتبة الكشاف ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٢٣٥- نظرية العقد (**النظرية العامة للالتزام**) .

الدكتور عبد الرزاق السنهوري .

مكان النشر [بدون] ، دار الفكر ، دار الكتب المصرية ، الطبعة [بـــدون] ، ١٣٥٣ هـــــ ١٩٣٤ م .

٢٣٦- هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي .

مجموعة مقالات لعدة مؤلفين .

((**المقالة الخامسة الدين المزعوم للقانون الرومي على القانون الإسلامي**))

س.ف فتز جيرالد s.v. fitz gerald

تعريب محمد سليم العوا .

بيروت : دار البحوث العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٣٩٣ هـــ ١٩٧٣ م .

٩ - مصادر ومراجع مختلفة :

٢٣٧- إعلام الموقعين عن رب العالمين .

شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية ، المتوفى سنة ٧٥١ هـ .

رتبه وضبطه وخرج آياته : محمد عبد السلام إبراهيم .

بيروت ــ لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م .

٢٣٨- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية .

شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية .

تحقيق : محمد حامد فقي .

بيروت ــ لبنان : دار الكتب العلمية ، الطبعة [بدون] ، التاريخ [بدون] .

٢٣٩- مقدمة ابن خلدون .

عبد الرحمن محمد بن خلدون ،.

تصحيح وفهرسة : أبو عبد الله السعيد المندوه

بيروت ــ لبنان : مؤسسة الكتب الثقافية ، مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، الطبعة الثالثة ، ١٤١٧هـ ــ ١٩٩٧م .

المحتويات

الفصل السادس

الفصل السابع

تم بحمد الله